

MÉMOIRE DE RECHERCHE

Rédigé par
Jade THOMAS-HERMÈS

Sous la direction de
Monsieur le Professeur Martin COLLET

L'EXTRATERRITORIALITE DU DROIT AMERICAIN : L'EXEMPLE DE L'APPLICATION DE LA LOI FATCA EN FRANCE

Master 2 Droit Comparé des Affaires



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

ANNEE UNIVERSITAIRE 2019/2020

RESUMÉ

En 2010, les États-Unis adoptaient le FATCA, une législation unilatérale de portée extraterritoriale. D'apparence vertueux - s'agissant de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales - le FATCA s'est avéré être un dispositif aussi redoutable qu'astucieux, pour permettre au fisc américain de contrôler les actifs détenus par ses contribuables, sans considération de leur situation géographique. Son champ d'application couvre l'ensemble des institutions financières étrangères.

Cette législation a été à l'origine d'un changement profond dans l'échange d'informations fiscales, et une source d'inspiration pour la mise en place du CRS par l'OCDE, auquel les États-Unis se sont bien gardés d'adhérer, préférant rester vigilants à l'égard de leurs ressortissants mais tolérants envers les détenteurs de capitaux étrangers placés au sein de leurs établissements financiers. Le niveau de discrétion atteint par les États-Unis les classe en deuxième position en matière d'opacité financière et fiscale, avant la Suisse.

Afin d'assurer l'effectivité du FATCA et résoudre de potentiels conflits entre le droit national des pays cosignataires et le droit américain, plus d'une centaine d'États ont conclu des accords intergouvernementaux avec les États-Unis.

L'accord franco-américain, signé le 14 novembre 2013, a introduit un principe de réciprocité dans l'échange d'informations fiscales entre les administrations respectives. Son application en France suscite toutefois de vives critiques relativement à l'asymétrie dans les échanges d'informations, à la situation particulière dans laquelle elle place les Américains dits accidentels, et enfin aux interrogations quant à l'atteinte aux intérêts et à la souveraineté de la France.

Le dispositif place la France devant un dilemme : subir le déséquilibre, dénoncer l'accord intergouvernemental de 2013, ou organiser une action, idéalement groupée au niveau de l'Union Européenne afin d'atténuer ces dérives ; étant rappelé que les États-Unis - l'un des principaux utilisateurs de l'extraterritorialité - font de son utilisation une spécificité de leur stratégie géopolitique, laquelle ne se limite pas au domaine fiscal.

REMERCIEMENTS

Je souhaite remercier tout d'abord Monsieur Martin Collet, Professeur de Droit Public à l'Université Paris II Panthéon-Assas pour le très grand honneur qu'il m'a fait en acceptant d'être le directeur de ce mémoire. Ses observations ont nourri mes réflexions et m'ont guidée dans le choix du présent sujet. Qu'il trouve ici l'expression de ma profonde gratitude

Je tiens à exprimer ma reconnaissance à Madame le Professeur Marie Goré, directrice du Master 2 de Droit Comparé des Affaires à l'Université Paris II Panthéon-Assas ainsi qu'aux Professeurs de l'Institut de Droit Comparé pour leurs enseignements des plus enrichissants

J'exprime l'expression de ma profonde gratitude à Monsieur Laurent Saint-Martin, Député du Val-de-Marne, Rapporteur Général de la Commission des Finances, pour le temps qu'il a bien voulu m'accorder et les réponses détaillées qu'il a eu la gentillesse de me transmettre. Ses réflexions, qui sont en phase avec l'actualité la plus récente, sont d'une valeur inestimable dans le cadre de ce mémoire. (Annexe)

Je souhaite remercier Monsieur Philippe Aghion, Professeur au Collège de France, Professeur d'économie à Harvard, pour le regard qu'il a bien voulu porter sur ce travail, les précieux conseils qu'il m'a prodigués et sa bienveillance. Qu'il trouve ici l'expression de ma bien vive reconnaissance.

J'adresse également mes sincères remerciements à Madame Sylvie Parachini responsable risques au sein de HSBC pour sa grande gentillesse, sa disponibilité et son soutien.

Je remercie ma mère et mon père pour leur soutien sans faille et plus généralement toutes celles et tous ceux qui m'ont apporté leurs concours avec patience et bienveillance.

SOMMAIRE

Introduction

TITRE I : FATCA : un dispositif extraterritorial américain de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales

- Chapitre 1 : Présentation et enjeux de la loi FATCA
 - Section 1 : FATCA : une législation américaine unilatérale et extraterritoriale
 - Section 2 : L'encadrement des échanges automatiques d'informations France/États-Unis
- Chapitre 2 : FATCA : changement profond dans la coopération d'échanges d'informations fiscales
 - Section 1 : L'étendue de la législation FATCA et son influence sur le CRS adopté par l'OCDE
 - Section 2 : La réciprocité dans l'échange automatique d'informations

TITRE II : La subsistance de difficultés dans la mise en œuvre de la législation FATCA

- Chapitre 1 : Les effets de la législation FATCA sur les américains dits accidentels
 - Section 1 : L'acquisition de la citoyenneté américaine et ses effets
 - Section 2 : L'application de la convention fiscale bilatérale vis-à-vis des « Américains accidentels »
- Chapitre 2 : FATCA : véhicule de l'impérialisme américain et moyens de défense au niveau national et européen
 - Section 1 : L'ingérence du droit américain à travers la législation FATCA
 - Section 2 : Moyens de défense face à l'extraterritorialité de la législation FATCA

Conclusion

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AEOI	Automatic Exchange of Information
BOFIP	Bulletin Officiel des Finances Publiques
CBT	Citizenship Based Taxation
CEDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
CGI	Code Général des Impôts
Cloud Act	Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
CRDS	Contribution au Remboursement de la Dette Sociale
CRS	Common Reporting Standard
CSG	Contribution Sociale Généralisée
DGFIP	Direction Générale des Finances Publiques
DOJ	Department of Justice
FATCA	Foreign Account Tax Compliance Act
FBAR	Foreign Bank Account Report
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
FFI	Foreign Financial Institution
FinCEN	Financial Crimes Enforcement Network
GAO	Government Accountability Office
HIRE Act	Hiring Incentives to Restore Employment Act
H.R.	House Bill
IGA	Intergovernmental Agreements
IRC	Internal Revenue Code
IRS	Internal Revenue Service
NCD	Norme Commune de Déclaration
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économiques
OFAC	Office of Foreign Assets Control
OVDP	Offshore Voluntary Disclosure Program
P.L.	Public Law
QI	Qualified Intermediary

RGPD	Règlement Général sur la Protection des Données
SSN	Social Security Number
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TIN	Tax Identification Number
UKBA	United Kingdom Bribery Act
UE	Union Européenne

INTRODUCTION

La législation FATCA a marqué le point de départ d'une réglementation fiscale à l'échelle internationale afin de combattre l'évasion et la fraude fiscales et d'empêcher la délocalisation des capitaux américains.

Le contexte : « *The particular problem (...) is the deliberate and illegal hiding of assets and income from the IRS by U.S. citizens and residents* »¹ - La problématique posée concerne la dissimulation intentionnelle et illégale au Trésor américain, des avoirs et des revenus des citoyens et des résidents américains. C'est dans ces termes que s'exprimait William J. Wilkins, *Chief Counsel*² de l'administration fiscale américaine à propos des objectifs visés par la législation FATCA, lors d'une audience devant une sous-commission de la *House Committee on Ways and Means* (qui est le principal comité de rédaction fiscale de la Chambre des représentants des États-Unis).

La législation FATCA allait réformer le système juridique existant afin de lutter plus efficacement contre la fraude et l'évasion fiscales. Introduite le 27 octobre 2009³, cette législation allait être modifiée au mois de décembre⁴ de la même année.

L'année suivante, le texte fut adopté. Le 18 mars 2010, le Président américain Barack Obama promulguait le HIRE ACT, *Hiring Incentives to Restore Employment Act*⁵ (HIRE Act) (HIRE ; P.L. 111-147), une législation relative aux incitations à l'embauche, destinée au rétablissement de l'emploi. Le *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) était inclus dans le *HIRE Act*, dont l'objectif était à la fois de compenser le coût représenté par les incitations fiscales à l'embauche, mais également de détecter et de décourager l'évasion fiscale.

¹ Foreign Bank Account Reporting and Tax Compliance: Hearing Before the Subcommittee on Select Revenue Measures of the Committee on Ways and Means U.S. House of representatives, 111th Congress (2009), (statement of William J. Wilkins, Chief Counsel, Internal Revenue Service); <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-111hrg63014/html/CHRG-111hrg63014.htm>.

² Le Chief Counsel de l'IRS est notamment chargé de conseiller le commissaire de l'IRS sur les questions juridiques relatives à l'interprétation, l'administration ou l'application de lois du Trésor américain.

³ H. R. 3933 to amend the Internal Revenue Code of 1986 to prevent the avoidance of tax on income from assets held abroad, and for other purposes, House of Representatives, October 27, 2009; <https://www.congress.gov/111/bills/hr3933/BILLS-111hr3933ih.pdf>.

⁴ H.R. 4213, 111th Congress ; Revised FATCA Plus Carried Interest Taxation, December 11, 2009, Sullivan & Cromwell LLP, p. 1 :

https://www.sullcrom.com/siteFiles/Publications/SC_Publication_Revised_FATCA_Plus_Carried_Interest_Taxation.pdf : La chambre des représentants des États-Unis a adopté le 9 décembre 2009 the Tax Extenders Act ; le projet de loi contenait, entre autres, une révision de la législation FATCA.

⁵ HIRE; P.L. 111-147 : PUBLIC LAW 111-147—MAR. 18, 2010, p. 72.

Lors de l'introduction du HIRE Act, *The Joint Committee on Taxation* - commission mixte impliquée dans le processus législatif en matière fiscale - a estimé que le dispositif FATCA permettrait de lever 8,714 milliards de dollars entre 2010 et 2020⁶.

Les sommes en jeu sont colossales : en 2008 le Comité américain pour la Sécurité intérieure et les Affaires gouvernementales, relevait que les États-Unis perdaient, sur une base annuelle, l'équivalent de 100 milliards de dollars en raison de la fraude fiscale extraterritoriale⁷.

La crise financière de 2008 a permis de prendre conscience de l'ampleur du phénomène de la fraude fiscale internationale et du rôle joué par les paradis fiscaux. Cette crise, à laquelle s'ajoute une succession de scandales financiers, a poussé les États à réagir. Les États-Unis allaient s'imposer comme pionniers en la matière.

Avant l'introduction de la législation FATCA, l'administration américaine s'appuyait sur le *Qualified Intermediary Programm* entré en vigueur le 1^{er} Janvier 2001, et sur le *Foreign Bank Account Report* (FBAR). Ces mécanismes, trop indulgents, ne permettaient pas, à eux seuls, de lutter efficacement contre l'évasion fiscale. Avec l'introduction du dispositif FATCA les États-Unis allaient se doter d'un arsenal législatif au champ d'application plus large et à la mesure de la lutte à mener contre la fraude et l'évasion fiscales des *U.S. persons* détentrices de comptes et actifs divers à l'étranger. L'Amérique a fait de cette lutte la priorité.

La volonté de parvenir à une plus grande transparence fiscale, démarche perçue comme vertueuse, a conduit les pays du monde entier à collaborer dans la lutte contre l'évasion et la fraude fiscale.

Il convient de définir l'évasion fiscale et la fraude fiscale. La fraude fiscale consiste en la soustraction ou en la tentative de soustraction à l'impôt par des moyens illégaux, et constitue en droit français une infraction pénale passible d'une amende de 500 000 euros et d'une peine d'emprisonnement de cinq ans conformément à l'article 1741 du Code Général des Impôts - outre de possibles sanctions fiscales. Quant à l'évasion fiscale, un rapport⁸ de l'Assemblée nationale précisait que cette notion « *non définie en droit français, a en commun avec la fraude la volonté de ses auteurs de contourner la norme fiscale en vigueur dans le but d'éviter l'impôt, mais repose sur des mécanismes réguliers ou en apparence réguliers* ».

⁶ Joint Committee on Taxation February 23, 2010, JCX-5-10, estimated revenue effects of the revenue provisions contained in senate amendment 3310, the "Hiring Incentives to Restore Employment act," under consideration by the senate, Fiscal Years 2010 – 2020, p.1.

⁷ United States Senate, Permanent Subcommittee on Investigations, Staff Report on Dividend tax abuse: How offshore entities dodge taxes on U.S. stock dividends, September 11, 2008.

⁸ Rapport d'information n° 1236, relatif à l'évasion fiscale internationale des entreprises, 12 septembre 2018, p. 36.

La législation FATCA est d'autant plus importante qu'elle a permis la mise en place d'un nouveau standard international de coopération dans l'échange d'informations fiscales. Les nombreux accords intergouvernementaux conclus par les États-Unis avec d'autres pays, afin d'assurer l'application de la loi FATCA, ont servi de modèle pour le CRS (connu également sous le nom de Norme Commune de Déclaration) de l'OCDE - norme destinée à lutter contre l'évasion fiscale à l'échelle mondiale et introduisant un échange automatique d'informations fiscales. Toutefois, les États-Unis, bien que poursuivant la même finalité, n'ont pas adhéré à ce dispositif.

Avec le FATCA les États-Unis ont ainsi adopté, de manière unilatérale, une législation de portée extraterritoriale à l'efficacité sans précédent. Précisons que l'extraterritorialité se définit comme la « *situation dans laquelle les compétences d'un État - législatives, exécutives, ou juridictionnelles - régissent les rapports de droit situés en dehors du territoire dudit État* »⁹.

La mondialisation des échanges devait fatalement conduire à l'extraterritorialité. En effet, si le principe de souveraineté donne une compétence exclusive de l'État sur son propre territoire, le droit international n'interdit pas l'application d'une compétence normative extraterritoriale. Le recours à l'extraterritorialité s'est notamment développé suite à l'affaire dite du LOTUS¹⁰, du 7 septembre 1927, rendue par la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) qui consacrait le droit des États à adopter des normes extraterritoriales sous réserve des « règles prohibitives ». Il en résulte une compétence normative des États relativement à des biens, situations, ou personnes se trouvant en dehors de leur territoire, à l'exception des interdictions posées par le droit international.

Si les États-Unis, principaux utilisateurs de l'extraterritorialité, font de son utilisation une spécificité de leur stratégie géopolitique, celle-ci ne se limite pas au domaine fiscal. Les champs dans lesquels elle s'exerce se sont tout particulièrement élargis au cours des dernières années (sous couvert notamment de la lutte contre la corruption, le crime international), suscitant de surcroît des questionnements quant à l'utilisation même du droit par les États-Unis comme instrument de puissance économique.

⁹ M. le Professeur Jean SALMON, Dictionnaire de droit international public, Éditions Bruylant, 11/2001, p. 491.

¹⁰ CPJI, Affaire du Lotus, Rec. série A, n°10, 7 septembre 1927 : Il était en question dans cet arrêt d'un abordage survenu en haute mer entre deux navires, l'un français, l'autre turc. La CPJI a admis que la Turquie disposait du droit de poursuivre pénalement le responsable de l'abordage du navire français, considérant qu'il fallait assimiler un navire à une partie du territoire de l'État dont il bat pavillon et l'abordage avait en l'espèce eu des effets sur une partie du territoire turc. La CPJI relevait « *loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, le droit international leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives* ».

La loi FATCA est en effet l'exemple-type d'une législation américaine à portée extraterritoriale. Celle-ci permet à l'administration fiscale américaine d'obtenir un droit de regard sur les comptes des contribuables américains ; ce, sans considération de leur situation géographique. Les États-Unis ont été des précurseurs dans cette démarche qui vise à faire pression sur les États appliquant le secret bancaire. La législation FATCA fait peser sur les institutions financières étrangères une obligation de communication d'informations relativement aux comptes détenus par leurs clients considérés comme *U.S. persons* conformément aux standards de l'administration fiscale américaine. Le non-respect de cette obligation est sanctionné par l'application d'un prélèvement forfaitaire à la source de 30% sur les flux américains (tels que les dividendes et intérêts) versés à cette institution financière ou à ses clients.

L'efficacité du dispositif FATCA repose cependant sur la coopération des autres États. La force de persuasion américaine dans les négociations, ajoutée à la menace de sanctions significatives, a débouché sur la signature de plus d'une centaine d'accords entre les États-Unis et des pays tiers. En France, sa mise en œuvre résulte d'un accord intergouvernemental signé le 14 novembre 2013¹¹ entre le ministre de l'économie et des finances de l'époque M. Pierre Moscovici, et l'ancien ambassadeur des États-Unis en France M. Charles Rivkin. Conformément à cet accord, les institutions financières françaises doivent transmettre les informations concernant les comptes américains à l'administration fiscale française, à charge pour elle de les faire suivre au fisc américain. En contrepartie, l'administration fiscale américaine s'est engagée à transmettre les informations relatives aux comptes détenus par des ressortissants français à l'administration fiscale française. L'accord intergouvernemental a fait de cette législation, initialement unilatérale, un accord bilatéral et a introduit un principe de réciprocité. La France avait tout intérêt à prendre part à l'échange d'informations fiscales, outil précieux pour améliorer la transparence fiscale, et accroître ses moyens d'actions ; la fraude et l'évasion fiscales affectant directement les recettes de l'État et conséquemment les dépenses publiques.

Toutefois, la réalité s'est avérée être bien différente. L'introduction de la législation FATCA en France a soulevé et soulève toujours de nombreuses interrogations, régulièrement dénoncées, qui ne sont pas nécessairement propres à la France. Ces interrogations concernaient dans un premier temps la complexité du dispositif et les frais liés à son application, supportés pour l'essentiel par les pays cosignataires. À présent, les difficultés portent notamment sur le déséquilibre constaté dans l'échange des informations fiscales et sur les effets pervers de cette législation à l'égard d'une catégorie d'américains, appelés « Américains accidentels ». Il convient de préciser ce que l'on entend par « Américains accidentels ». Il s'agit de personnes ayant acquis la nationalité américaine par filiation (il suffit que l'un des parents soit

¹¹ Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (dite loi « *Fatca* »).

américain), ou nées sur le sol américain (quand bien même les parents ne seraient pas américains dès lors que le droit du sol s'applique automatiquement). Ces personnes n'ont donc pour certaines pratiquement aucune attache avec l'Amérique et n'ont pas nécessairement conscience de leurs liens d'américanité ; les conséquences qui en découlent sont pourtant d'une grande importance dès lors qu'elles se voient appliquer la législation fiscale américaine avec toute sa rigueur. Par ailleurs, un aspect fondamental doit être souligné ; il tient à la particularité du système fiscal américain qui taxe les revenus mondiaux sur la base de la nationalité. Les « Américains accidentels » se retrouvent ainsi au cœur d'un système contraignant auquel ils ne peuvent se soustraire, sauf à renoncer à la nationalité américaine, une procédure complexe et coûteuse.

La présente étude portera dans un premier temps sur l'analyse du dispositif extraterritorial américain de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales et son application en droit français (Titre I), puis dans un second temps sur la subsistance de difficultés dans sa mise en œuvre (Titre II).

TITRE I : FATCA : UN DISPOSITIF EXTRATERRITORIAL AMERICAIN DE LUTTE CONTRE LA FRAUDE ET L'EVASION FISCALES

Les nombreuses tentatives pour identifier les sommes considérables dissimulées au fisc américain s'étant avérées insuffisantes, les États-Unis ont mis en place un dispositif contraignant dénommé *Foreign Account Tax Compliance Act*, FATCA, destiné à neutraliser les abus du système financier (chapitre 1). Cette législation a été à l'origine d'une avancée considérable dans l'échange automatique d'informations fiscales (chapitre 2).

Chapitre 1 : Présentation et enjeux de la loi FATCA

La réglementation FATCA, adoptée par les États-Unis de manière unilatérale, a profondément bouleversé l'échange automatique d'informations fiscales (section 1). Un accord signé en 2013 encadre cet échange entre la France et les États-Unis (section 2).

Section 1 : FATCA : une législation américaine unilatérale et extraterritoriale

Le contexte dans lequel cette réglementation a été introduite nécessite d'être approfondi afin de comprendre les motivations de l'administration Obama (paragraphe 1) à introduire un dispositif à vocation extraterritoriale (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le contexte d'élaboration de la loi FATCA

À la suite de la crise financière de 2008, d'une ampleur sans précédent, et de la révélation de nombreux scandales financiers (1/), les États-Unis ont mené une nouvelle offensive contre l'évasion fiscale en adoptant la législation FATCA (2/).

1/ La crise financière de 2008 et l'enchaînement de scandales financiers

En 2007-2008 l'affaire des subprimes touche de plein fouet les États-Unis. Des prêts hypothécaires à risque entraînent l'effondrement du marché immobilier. La crise immobilière, qui a eu pour conséquence de mettre le secteur bancaire en difficulté, sera à l'origine d'une crise financière mondiale. La crise financière de 2008, allait devenir la plus grande dépression économique depuis celle de 1929. L'économie américaine se trouva alors confrontée à des défis d'une ampleur sans précédent. Certaines des plus importantes institutions financières feront faillite et la confiance dans le système financier s'en trouva ébranlée. Par ailleurs, les réserves publiques ayant fondu drastiquement, les États-Unis devaient impérativement renflouer

d'urgence les caisses, par tous moyens. La lutte contre l'évasion fiscale allait devenir le fer de lance de cette stratégie.

Une succession de scandales financiers qui débiteront en 2008, allaient éclater. L'exemple le plus frappant concerne la banque suisse UBS. Le contexte : certaines banques suisses, dont UBS, avaient mis en place des dispositifs ingénieux permettant à leurs clients américains de se soustraire au paiement de leurs impôts américains par l'intermédiaire de comptes secrets. L'évasion fiscale était facilitée par la pratique d'un secret bancaire sophistiqué, consacré par la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, du 8 novembre 1934¹² ; qui prévoyait son inviolabilité (dans son article 47). Toute violation étant sanctionnée pénalement.

De 2000 à 2007, UBS s'était organisée pour ouvrir des comptes en Suisse pour de riches clients américains, utilisant pour ce faire des procédés visant à éviter le paiement des taxes dues aux États-Unis. Ces pratiques permettaient également le maintien en Suisse d'environ 19.000 comptes non déclarés de clients américains¹³. Les informations recueillies sur les pratiques employées par UBS avaient été obtenues, en partie, grâce aux révélations d'un ancien employé de la banque, Bradley Birkenfeld¹⁴, ancien chargé de clientèle - essentiellement composée d'Américains - auprès d'UBS Genève. Arrêté en mai 2008, il détaillera aux autorités américaines les techniques mises en place pour frauder le fisc américain. Un mois plus tard, il plaidera coupable devant une cour fédérale de Floride pour avoir contribué à l'évasion fiscale de clients américains.

Il révéla, notamment, que UBS Swiss gérait des actifs non-déclarés de 20 milliards de dollars pour le compte de ses clients américains. Gestion qui rapportait à la banque environ 200 millions de dollars de revenus annuels¹⁵.

Rappel des faits : UBS avait conclu, dès 2001¹⁶, un accord (*QI agreement*) avec l'IRS. Aux termes de cet accord, la banque s'était engagée à déclarer à l'IRS les revenus, et toute autre information, concernant l'identification de ses clients américains détenant des titres américains dans un compte logé dans les établissements du groupe. La banque s'était également engagée à retenir l'impôt sur

¹² Article 47 de la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB) du 8 novembre 1934 (État le 1er janvier 2020).

¹³ Permanent Subcommittee on Investigations, Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, Tax Haven Banks and U.S. Tax Compliance, staff report 1 (2008), p. 8.

¹⁴ La banque suisse UBS est empêtrée dans un scandale fiscal aux États-Unis, Un dirigeant est soupçonné d'encourager la fraude, Agathe Duparc, 19 novembre 2008, Le Monde.

¹⁵ Permanent Subcommittee on Investigations, Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, Tax Haven Banks and U.S. Tax Compliance, staff report 1 (2008), p. 10 ; Jane G. SONG, The End of Secret Swiss Accounts?: The Impact of the U.S. Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) on Switzerland's Status as a Haven for Offshore Accounts, 35 Nw. J. Int'l L. & Bus. 687 (2015), p. 696.

¹⁶ United States District Court, southern district of Florida, case no. 09-60033-cr-cohn, United States of America vs. UBS ag.

le revenu des clients gérant des investissements dans des titres étrangers depuis les États-Unis. Pour éluder le paiement de ces taxes, la banque avait ingénieusement procédé, avec la complicité d'une partie de la direction, à la création de « nouveaux » comptes sous des identités d'emprunt, ou fantômes afin de les soustraire aux nouvelles obligations déclaratives. Les actifs de ces personnes étaient alors transférés sur ces comptes nouvellement créés, de sorte qu'ils ne puissent plus être attribués aux contribuables américains.

Le 18 février 2009, UBS concluait un *Deferred Prosecution Agreement* (accord consistant à éviter, avec l'accord du tribunal, des poursuites pénales, en contrepartie de l'engagement de mise en conformité avec les consignes données par l'administration, et de s'acquitter d'une amende). Elle versait à ce titre 780 millions de dollars¹⁷ au fisc américain et transmettait des informations relatives aux comptes de ses clients américains. La banque suisse n'avait pas d'autre choix que de se plier aux exigences de l'administration américaine, sauf à risquer de perdre sa licence aux États-Unis ; étant précisé que sa présence sur le sol américain était particulièrement importante.

Une autre banque, le Crédit Suisse, allait également attirer l'attention des autorités américaines pour des faits similaires de fraude fiscale. En mai 2014, cette dernière plaidait coupable et s'acquittait, elle aussi, d'une pénalité de 2,6 milliards de dollars¹⁸.

À la suite de la crise financière de 2008, et à la révélation de divers scandales financiers, on assiste à une réelle prise de conscience de l'ampleur des sommes en jeu et la lutte contre l'évasion fiscale devenait la priorité. C'est dans ce nouveau contexte, et à cette fin, qu'allait être introduite la législation FATCA. Bien qu'il n'y ait pas de liens directs entre les amendes infligées à UBS et au Crédit Suisse et la législation FATCA, ces scandales furent en partie à l'origine de son introduction dans le droit fédéral américain.

2/ FATCA : une législation majeure dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales

La crise de 2008 et les scandales financiers ont conduit l'administration américaine à s'attaquer de manière plus offensive à la délocalisation des avoirs à l'étranger.

Dans cet objectif, la législation FATCA allait être mise en place dans le cadre du *Hiring Incentives to Restore Employment Act*¹⁹ de 2010 (*HIRE Act*) signé le 18 mars

¹⁷ The United States Department of Justice, Office of public affairs, UBS enters into Deferred Prosecution agreement, Bank admits to helping U.S. taxpayers hide accounts from IRS ; Agrees to Identify Customers & pay \$780 million, Wednesday February 18th 2009.

¹⁸ « *Credit Suisse Pleads Guilty, Pays \$2.6 Billion To Settle U.S. Tax Evasion Charges* », Forbes, May 20th 2014.

2010 par le Président Barack Obama, afin de relancer l'économie et de réduire le taux de chômage américain particulièrement élevé à l'époque. Dans ce contexte les entreprises furent incitées à embaucher en échange d'avantages fiscaux. Cette législation répondait également à la problématique majeure de l'évasion fiscale des contribuables américains utilisant des comptes offshore. Les dispositions relatives à la loi FATCA se trouvent dans le nouveau chapitre 4, sections 1471-1474 de l'IRC de 1986.

Les États-Unis adoptèrent donc un dispositif à la fois unilatéral et extraterritorial, exigeant des institutions financières étrangères qu'elles transmettent au Trésor Américain toute information concernant les comptes des citoyens américains ; et ce, indépendamment de leur lieu de résidence. La mise en place de cette loi devait considérablement augmenter l'échange d'informations au niveau international et doter le Trésor Américain d'un arsenal juridique puissant lui permettant, notamment, de localiser et de poursuivre les américains ayant mis leurs actifs à l'abri de l'*Internal Revenue Service* (IRS). À cette époque, il était déjà possible d'échanger des informations entre l'administration fiscale américaine et celles de pays partenaires dans le cadre de la coopération bilatérale ; toutefois, ces échanges étaient limités : ils concernaient des demandes spécifiques, qui pouvaient de surcroît se heurter aux réglementations nationales.

Les États-Unis auraient pu opter dès l'introduction de FATCA pour un système d'échange automatique d'informations fiscales basé sur des accords intergouvernementaux mais ont privilégié une approche unilatérale, extraterritoriale et contraignante (la mise en place d'IGAs n'étant intervenue qu'à *posteriori*) ciblant directement des acteurs privés, et plus particulièrement l'ensemble des établissements bancaires internationaux.

La loi FATCA n'avait pas vocation à se substituer aux dispositifs fiscaux déjà existants, sachant que le *Qualified Intermediary*²⁰ *Program* (*QI Program*) entré en vigueur le 1^{er} Janvier 2001 constituait déjà une première étape dans la lutte contre l'évasion fiscale. Le *QI Program* instituait une coopération entre le fisc américain et les intermédiaires qualifiés étrangers, sur une base d'échange volontaire. Ce dispositif imposait aux institutions financières étrangères d'identifier les clients américains et de prélever l'impôt à la source dû à l'administration fiscale américaine. Cependant, ce dispositif allait être largement contourné, comme l'illustre le scandale financier d'UBS. La loi FATCA s'inscrit donc dans le prolongement du *QI Program* mais avec un champ d'application nettement plus large et des mesures autrement plus contraignantes.

¹⁹ HIRE Act : PUBLIC LAW 111–147—MAR. 18, 2010, 111th Congress, P. 72, p.97 et s., <https://www.congress.gov/111/plaws/publ147/PLAW-111publ147.pdf>.

²⁰ QI : IRS signs qualified intermediary agreements : <https://www.irs.gov/pub/irs-news/ir-00-74.pdf> ; Qualified Intermediary Frequently Asked Questions, IRS.

L'administration allait se doter d'un autre dispositif de lutte contre l'évasion fiscale : le FBAR²¹ (*Foreign Bank Account Report*) qui prévoit que tout citoyen américain détenant un ou plusieurs comptes à l'étranger représentant une valeur totale supérieure à 10 000 dollars, à n'importe quel moment de l'année civile, doit le déclarer au Département du Trésor. Des pénalités pouvant être prononcées à l'encontre d'un contribuable qui n'aurait pas déposé le formulaire FBAR. Étant précisé que si l'infraction est non intentionnelle, l'amende peut atteindre 10 000 dollars et, en cas d'intentionnalité avérée 100 000 dollars, ou 50% du solde du compte au moment de l'infraction (les montants des sanctions civiles étant ajustés en fonction de l'inflation).

Par ailleurs, le défaut intentionnel de déclaration peut également donner lieu à des sanctions pénales, une peine de prison de 5 ans maximum, ainsi qu'à une amende de 250 000 dollars²². Si le contribuable enfreint une autre loi fédérale, la sanction peut être portée à 10 ans de prison et une amende de 500 000 dollars. La sanction civile n'empêche pas pour autant le contrevenant à être sanctionné pénalement, ou poursuivi. Toutefois, l'IRS pourra se limiter à ne prononcer qu'une simple mise en garde ; le but recherché étant avant tout d'inciter les contribuables à respecter les règles et non pas à les sanctionner²³.

Les États-Unis allaient donc, par le biais de la législation FATCA, réformer le système juridique en place dans le but de lutter plus efficacement contre l'évasion fiscale. Ce dispositif devant permettre de rapatrier les sommes ayant échappé au fisc américain.

Le FATCA constitue une avancée majeure dès lors qu'il impose aux institutions financières du monde entier de transmettre aux États-Unis les informations sur les comptes détenus par des citoyens américains. Les institutions financières n'ayant d'autre choix que de se conformer à cette législation sauf à courir le risque que, d'une part, l'IRS n'impose une retenue d'impôt à la source de 30 % sur les produits financiers américains, et, d'autre part, la perte de leur licence aux États-Unis. Cette législation traduit clairement la ferme détermination du gouvernement américain à mettre un terme à l'évasion fiscale.

Par ailleurs, ce dispositif a conduit nombre de contribuables américains à se dénoncer « spontanément » dès lors que les banques se sont trouvées dans l'obligation de transmettre les informations concernant les actifs détenus par les *U.S. Persons*. Les États-Unis permettent à leurs ressortissants résidant à l'étranger de

²¹ Report of Foreign Bank and Financial Accounts (FBAR), IRS, <https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/report-of-foreign-bank-and-financial-accounts-fbar>.

²² 31 U.S.C. § 5322(b); 31 C.F.R. § 103.59(c) for criminal ; RS Reference Guide on the Report of Foreign Bank and Financial Accounts (FBAR), p. 7, <https://www.irs.gov/pub/irs-utl/irsfbarreferenceguide.pdf>.

²³ Robert W. WOOD, "FBAR Penalties: When will IRS let you off with a warning?", Forbes, June 4th 2012.

régulariser leurs situations via différentes procédures dont le « *Streamlined foreign offshore procedure* »²⁴ (sous réserve qu'il s'agisse d'un comportement non intentionnel) et le « *Offshore Voluntary Disclosure Program* », OVDP, (lorsque le défaut de déclaration est intentionnel) ce dernier a pris fin le 28 septembre 2018²⁵, mais a été relayé par d'autres dispositifs pour que les contribuables puissent se conformer à leurs obligations fiscales et éviter des poursuites pénales. La lettre d'autorisation préalable²⁶ (*Pre-Clearance Letter*) est toujours de rigueur mais les contribuables ne sont tenus désormais qu'à revenir sur les six dernières années de leurs déclarations d'impôts contrairement aux huit années, préalablement ; nonobstant la possibilité pour le trésor américain de remonter plus en arrière en cas de refus d'accord.

Paragraphe 2 : La portée extraterritoriale de la loi FATCA

L'extraterritorialité occupe une place prépondérante dans le système juridique américain et est appliquée dans des domaines variés (1/). La législation américaine FATCA s'ajoute ainsi aux législations à portée extraterritoriale déjà existantes. Afin d'assurer son application en droit interne, un *Intergovernmental Agreement*, accord intergouvernemental a été conclu entre la France et les États-Unis le 14 novembre 2013 (2/).

1/ La pratique de l'extraterritorialité par les États-Unis

Le FATCA est également la parfaite illustration de l'utilisation de l'extraterritorialité par les États-Unis ; pratique qui consiste à imposer le droit américain à des personnes ou des entreprises qui ne sont pas normalement soumises à ce droit, ni même nécessairement présentes sur le territoire. Pratique qui porte également atteinte à la souveraineté des États concernés, ces derniers n'ayant d'autres alternatives que de se soumettre pour ne pas subir les foudres de la *Lex Americana*. En effet, si chaque État détient en principe la seule autorité normative sur son territoire national - dans les limites de sa souveraineté – le FATCA a vocation à s'appliquer au-delà des frontières américaines.

Cette pratique de l'extraterritorialité n'est pas une nouveauté. À titre d'exemple on peut citer le *Foreign Corrupt Practices Act*²⁷ (FCPA), loi fédérale américaine de 1977

²⁴ IRS, U.S. Taxpayers Residing Outside the United States : <https://www.irs.gov/individuals/international-taxpayers/u-s-taxpayers-residing-outside-the-united-states>.

²⁵ IRS : Offshore Voluntary Compliance Program to end Sept. 28, IR-2018-176 4 sept. 2018.

²⁶ « *Offshore Voluntary Disclosure Program (OVDP)* », Milikowsky Tax Law, February 5, 2020.

²⁷ U.S. Securities and Exchange commission, Spotlight on Foreign Corrupt Practices Act : <https://www.sec.gov/spotlight/foreign-corrupt-practices-act.shtml>.

adoptée au lendemain du scandale Watergate²⁸, visant à sanctionner les pratiques de corruption d'agents publics étrangers. Un amendement de 1998, a été à l'origine de l'introduction du volet extraterritorial de cette loi, qui étendait son champ d'application au-delà des frontières américaines. Depuis 1998, le DOJ (Département de la Justice des États-Unis) ou la SEC (*Securities and Exchange Commission*, organisme fédéral chargé de la régulation des marchés financiers aux États-Unis) peuvent poursuivre toute entreprise « *domestic concern* » ou « *issuer* » coupable de corruption à l'étranger, même si celle-ci n'avait pas de liens de rattachement au territoire. Le FCPA a permis aux États-Unis de sanctionner de nombreuses entreprises étrangères. On notera que dans la liste des dix amendes les plus importantes sur la base de ce texte, trois ont été prononcées contre des entreprises françaises, deux contre des entreprises américaines et cinq contre d'autres entreprises étrangères²⁹.

Autre exemple : le *Patriot Act*³⁰. Adopté à la suite des attentats du 11 septembre 2001 (modifié par le *Freedom Act*³¹ du 2 juin 2015) comprend également des dispositions législatives extraterritoriales pour renforcer les pouvoirs des agences gouvernementales américaines - *National Security Agency* (NSA), *Central Intelligence Agency* (CIA), *Federal Bureau of Investigation* (FBI) - au nom de la sécurité nationale et de la lutte contre le terrorisme.

Une autre loi importante à vocation extraterritoriale : la *loi Sarbanes-Oxley*³² (loi également connue sous le nom de « *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act* »), de 2002, concerne les fraudes comptables. Cette loi vise les entreprises cotées aux États-Unis et les filiales de sociétés américaines implantées à l'étranger. Elle a permis d'accroître les obligations comptables des sociétés et de leurs dirigeants.

Pour autant, les États-Unis ne sont pas les seuls à pratiquer l'extraterritorialité. À titre d'exemple le Royaume-Uni a adopté en 2010 une loi intitulée *United Kingdom Bribery Act*³³ (UKBA), qui vise des personnes physiques ou morales, dans le cadre de la lutte contre la corruption. Sa portée est également extraterritoriale, étant toutefois précisé que l'application extraterritoriale exige un lien étroit avec le Royaume-Uni.

²⁸ Le scandale de Watergate a mis en lumière l'importance des affaires de corruption d'agents publics étrangers pour l'obtention des marchés public au profit d'entreprises américaines.

²⁹ Mission, note du service économique régional des États-Unis, 26 avril 2016, relatif à l'extraterritorialité dans la législation américaine anti-corruption.

³⁰ Public Law 107-56, 107th Congress; Oct. 26, 2001 :

<https://www.congress.gov/107/plaws/publ56/PLAW-107publ56.pdf>.

³¹ H.R. 2048, Pub.L. 114-23 : <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2048>).

³² Public Law 107-204, 107th Congress; July 30, 2002, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-107publ204/pdf/PLAW-107publ204.pdf>.

³³ Alexandre LIMBOUR, Matthias GUILLOU, « *Le UK Bribery Act* », La semaine juridique - édition générale - n° 36 - 5 septembre 2011, p. 1575.

Quant au droit pénal français, il permet également, lorsque certaines conditions sont réunies, de poursuivre des crimes ou délits au-delà du territoire national. La loi Sapin II, du 9 décembre 2016³⁴, a une portée extraterritoriale quant aux poursuites relatives à la corruption et au trafic d'influence. Elle permet ainsi aux juges français de poursuivre une personne ou une entreprise suspectée de corruption d'un agent public étranger, à partir du moment où celles-ci exercent tout ou partie de leurs activités économiques sur le territoire français.

Le recours à l'extraterritorialité pratiqué par les États-Unis est toutefois sans aucune commune mesure avec celui pratiqué par les autres pays. La portée extraterritoriale conférée par les États-Unis à certaines de leurs lois est un privilège exorbitant qui leur permet de protéger leurs intérêts nationaux au niveau mondial et d'exercer une domination économique du monde.

FATCA enrichit ainsi l'arsenal législatif américain existant. La portée extraterritoriale de cette réglementation a conduit les États-Unis vers une démarche intergouvernementale afin d'en assurer l'application. Son effectivité en droit français, résulte de la conclusion de l'accord intergouvernemental France-États-Unis, du 14 novembre 2013.

2/ La conclusion de l'accord intergouvernemental de 2013 entre la France et les États-Unis

La loi FATCA se caractérise par son aspect unilatéral et extraterritorial, ne laissant aucune échappatoire aux institutions financières étrangères, lesquelles ne peuvent se permettre de courir le risque de se voir infliger des amendes significatives en cas de non-respect, ou de perdre leur licence américaine.

Le Groupe des 5, composé de la France, l'Allemagne, le Royaume-Uni, l'Italie, et l'Espagne, a pris l'initiative de proposer une approche alternative³⁵, en vue de simplifier la mise en œuvre du dispositif, tout en réduisant les coûts incombant aux institutions financières. Ces pays sont ainsi parvenus à élaborer un modèle intergouvernemental, dont le double avantage est d'instaurer un échange d'informations entre les administrations, et de garantir que les institutions financières du pays concerné se conforment à la législation FATCA - ce qui aura pour effet de les dispenser du prélèvement forfaitaire de 30%.

³⁴ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

³⁵ Joint Statement regarding an Intergovernmental Approach to Improving International Tax Compliance and Implementing FATCA, Gov.UK, published 8th of February 2012.

En France, l'efficacité du dispositif FATCA a été assurée par la conclusion de l'accord intergouvernemental du 14 novembre 2013³⁶, signé par M. Pierre Moscovici, ministre de l'économie et des finances de l'époque, et M. Charles Rivkin, anciennement ambassadeur des États-Unis en France. L'accord de novembre 2013 se fonde sur l'article 27 de la convention fiscale franco-américaine du 31 août 1994, en matière d'impôts sur le revenu et la fortune, article relatif à l'échange de renseignements.

Le Sénat a adopté le projet de loi sur la base du rapport de Mme Michèle André le 22 juillet 2014 ; projet définitivement adopté par l'Assemblée Nationale le 18 septembre 2014. La ratification de l'accord a été matérialisée par la loi n°2014-1098 du 29 septembre 2014, publiée au JO n°226 du 30 septembre 2014. L'accord a été publié par décret du 2 janvier 2015, n°2015-1.

La France a adopté le modèle d'accord intergouvernemental « *Model 1 IGA* ». Celui-ci impose aux institutions financières se trouvant sur le territoire français de transmettre les informations relatives aux comptes américains à l'administration fiscale française, plus précisément à la direction générale des finances publiques (DGFIP) qui les fera suivre à son tour au fisc américain (*Internal Revenue Service*).

La signature de cet accord avait pour objectif d'atténuer les problématiques inhérentes à l'unilatéralité de la législation américaine et de mettre en place un dispositif de coopération et d'échange automatique d'informations, dans le cadre de la lutte contre la fraude fiscale internationale, basé sur la réciprocité. Les États-Unis s'engageant quant à eux à fournir des informations à l'administration fiscale française relatives aux comptes bancaires détenus par des contribuables français sur le territoire américain.

La conclusion de l'accord intergouvernemental visait également à redynamiser la coopération entre les deux États et à assurer, dans un respect mutuel, la souveraineté des États et la réciprocité des échanges. L'enjeu pour la France était réel dès lors qu'elle y trouvait un avantage direct dans l'échange automatique d'informations.

Lors de l'examen du projet de loi permettant l'approbation de l'accord de 2013, Mme Anne-Marie Escoffier s'en félicitait en ces termes : « *bilatéral, équilibré, offre un certain nombre de garanties pour avancer vers une réelle transparence fiscale, dont la France serait bien sûr bénéficiaire*³⁷ ». Certains doutes avaient pourtant été soulevés à l'occasion de son examen, notamment sur l'engagement des États-Unis à

³⁶ « Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (dite loi Fatca) ».

³⁷ Séance du 22 juillet 2014 (compte rendu intégral des débats), <https://www.senat.fr/seances/s201407/s20140722/s20140722019.html>.

garantir la réciprocité. Nous y reviendrons ultérieurement, mais il apparaissait essentiel d'introduire cette législation compte tenu des retombées escomptées.

L'accord FATCA ne pouvait donc évoluer que de manière positive dès lors qu'il comportait la clause dite « de la nation la plus favorisée » garantissant ainsi à la France la faculté de se prévaloir de toute stipulation plus favorable que celle que les États-Unis pourraient accorder à un pays tiers³⁸. La France devant être avertie par les États-Unis de toute clause plus favorable et veiller à ce que celle-ci lui soit appliquée, excepté en cas de refus de la France.

L'accord France-États-Unis, ainsi que les dispositions du nouvel article 1649 AC du CGI (introduit par la loi n°2013-672 du 26 juillet 2013 relative à la séparation et à la régulation des activités bancaires, et fournissant une base légale aux informations fiscales collectées) permettent de garantir la sécurité juridique souhaitée et clarifient le statut des renseignements fournis. L'article précise quelles sont les informations fiscales qui font l'objet de l'échange automatique, de même que les modalités de transmission.

Il convient maintenant d'examiner le cadre des échanges qui a été fixé par l'accord intergouvernemental franco-américain.

Section 2 : L'encadrement des échanges automatiques d'informations France/États-Unis

L'accord intergouvernemental de 2013 précise le champ d'application de l'accord (paragraphe 1), les institutions financières devant scrupuleusement le respecter sous peine de sanctions dissuasives (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le champ d'application de l'accord bilatéral de 2013

L'accord intergouvernemental franco-américain de 2013 précise quelles sont les institutions financières françaises soumises à la transmission d'information (1/). Il détaille également les comptes financiers concernés (2/).

³⁸ § 1 de l'art. 7 de l'accord d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers - Accord "FATCA" entre la France et les États-Unis : « L'article 7 confère à la France le droit de bénéficier de toute clause plus favorable signée par les États Unis dans un accord de nature identique, tout en lui laissant la possibilité d'en décliner l'application. Les États Unis s'engagent à lui notifier toute nouvelle clause plus favorable ».

1/ La transmission d'informations par les institutions financières françaises

Depuis le 1^{er} juillet 2014, date de l'entrée en vigueur de la loi FATCA, en droit interne, les institutions financières françaises doivent s'assurer qu'elles sont en conformité avec sa réglementation. Le périmètre des institutions financières concernées est particulièrement large.

Le Bulletin Officiel des Finances Publiques définit ce que l'on entend par institution financière. Il s'agit de : « *toute institution résidente de France, ainsi que toute succursale d'une institution financière non-résidente située sur le territoire français*³⁹ ».

Peuvent également être considérées comme institutions financières : les établissements de dépôts (à savoir : les établissements recevant des dépôts dans le cadre d'une activité bancaire ou d'activités assimilées) ; les établissements gérant des dépôts de titres pour lesquels une partie notable de l'activité revient à détenir des actifs financiers pour des tiers ; les entités d'investissement ; les organismes d'assurance (à savoir : les entreprises énumérées à l'article L 322 -1 du Code des assurances ; les mutuelles et unions et institutions de prévoyance) et enfin les holdings et centres de trésorerie.

Les établissements relevant de la législation FATCA sont principalement des établissements bancaires, des compagnies d'assurance, et des organismes de placement collectif en valeur mobilière.

Certaines institutions sont quant à elles qualifiées de non déclarantes : il s'agit de celles mentionnées à l'annexe II de l'accord FATCA, mais également de celles qui remplissent (conformément à la législation américaine) les conditions requises pour être considérées comme institutions financières étrangères conformes ou comme bénéficiaires effectifs ; dispensées de déclaration.

En ce qui concerne les bénéficiaires effectifs : ils sont dispensés de déclaration et de toute obligation déclarative ou d'enregistrement relativement aux comptes financiers dont ils disposent.

Sont considérés comme bénéficiaires effectifs dispensés de déclaration : les entités gouvernementales (l'État français et ses collectivités locales ou territoriales, leurs personnes morales de droit public et tout organisme détenu intégralement par ces entités) ; les organisations internationales (organisations intergouvernementales reconnues par le droit français ou ayant conclu un accord international de siège avec la France) ; la banque centrale (la banque centrale française et ses filiales détenues

³⁹ BOI-INT-AEA-10-20-20-20150805.

intégralement par elle) et enfin certaines régimes de retraite visés au paragraphe 230 du BOI-INT-AEA-10-20-20-20150805.

2/ Les comptes financiers concernés

Certains comptes qualifiés de comptes déclarables, doivent être déclarés dès lors qu'ils sont détenus par une ou plusieurs personnes américaines (dites *U.S. Person*) ou par une entité étrangère non financière passive non américaine contrôlée par une personne américaine. Sont considérées comme personnes américaines selon l'administration fiscale américaine, et ainsi sujettes à déclaration : les personnes physiques de nationalité américaine ou résidents américains à des fins fiscales conformément au § 7701 (b) de l'Internal Revenue Code, mais également toute société de personnes ou société créée aux États-Unis. Enfin, le trust est également concerné dès lors qu'un tribunal situé aux États-Unis aurait, conformément à la loi, autorité quant à son administration et pour le cas où une ou plusieurs personnes américaines contrôlèrent les décisions importantes du trust ou encore sur la succession d'un résident ou citoyen américain.

Aux termes de l'accord FATCA, on entend par compte déclarable tout titre de participation ou de créance émanant d'une institution financière⁴⁰ à l'exception des titres faisant l'objet de transactions habituelles sur un marché boursier réglementé ; un compte de dépôt⁴¹ ; un compte conservateur⁴² ; un contrat d'assurance à valeur de rachat⁴³ et enfin un contrat de rente⁴⁴.

D'autres comptes échappent cependant aux déclarations, c'est le cas notamment des comptes ou produits de retraite (annexe II, III-A de l'accord FATCA) ou les comptes ou produits bénéficiant d'avantages fiscaux (annexe II, III-B de l'accord FATCA). S'ajoutent à cette liste les contrats obsèques, certains comptes professionnels (comptes de séquestre, comptes bancaires de syndicats de copropriétaires), et les comptes de succession.

Le champ d'application étant défini, nous examinerons ci-après les obligations incombant aux institutions financières françaises concernées, ainsi que les sanctions singulièrement dissuasives applicables en cas de non-respect.

⁴⁰ Paragraphes 10, 20, 30, 40 BOFIP.

⁴¹ Paragraphes 50 et 60 BOFIP.

⁴² Paragraphe 70 BOFIP.

⁴³ Paragraphe 80 BOFIP.

⁴⁴ Paragraphe 90 BOFIP.

Paragraphe 2 : Des mesures coercitives incitant à la coopération

Les institutions financières françaises sont tenues à des obligations de diligences d'identification et de déclaration afin de détecter les comptes sujets à déclaration auprès de l'administration fiscale américaine (1/). Des sanctions peuvent être prononcées en cas de non-respect des obligations (2/).

1/ Obligations de diligences et obligations déclaratives

Le a) du 1 de l'article 4 de l'accord intergouvernemental du 14 novembre 2013 dispose que les institutions financières françaises doivent recenser « les comptes déclarables américains ».

L'annexe I de l'accord FATCA détaille les obligations de diligences auxquelles sont soumises les institutions financières françaises.

Elles doivent justifier de l'identité du titulaire du compte ; notamment à l'occasion de l'ouverture, postérieurement au 1^{er} juillet 2014, de tout nouveau compte par une personne physique ou morale et produire une auto-certification de non-nationalité américaine ou de non-résidence américaine de l'intéressée. Celles qui ne pourraient le faire devront traiter le compte comme un compte américain déclarable.

Dès lors que le compte est déclarable, celui-ci continue à l'être pour les années postérieures, excepté dans l'hypothèse où le titulaire du compte ne serait plus américain ou lorsque le solde du compte serait inférieur à 50.000 dollars.

Il convient cependant d'opérer une distinction selon qu'il s'agit de comptes préexistants au 30 juin 2014, ou de comptes ouverts à partir du 1^{er} juillet de la même année. Les détails concernant les diligences et modalités, de même que la détermination des seuils et des montants figurent au BOI-INT-AEA-10-30-20⁴⁵ pour les comptes préexistants au 30 juin 2014 et au BOI-INT-AEA-10-30-30⁴⁶ pour les comptes ultérieurs au 1^{er} juillet 2014.

Les institutions financières doivent ainsi en premier lieu établir si leurs anciens ou nouveaux clients entrent dans le champ d'application de la définition de *U.S. person*, sur la base des indices d'américanité qui sont notamment : la nationalité, le pays de naissance, l'adresse et le téléphone aux États-Unis, l'existence de virements américains permanents.

Elles doivent ensuite déterminer le type de formulaire à attribuer à leurs clients : le formulaire W8 pour les clients présentant des indices d'américanité sans pour autant

⁴⁵ <<http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/10249-PGP>>.

⁴⁶ <<http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/10250-PGP>>.

être *U.S. person* ; le formulaire W9 pour toute personne considérée comme *U.S. person*.

Enfin, il leur incombe de faire remonter ces informations à l'administration fiscale française, la DGFIP, qui les communiquera à l'administration fiscale américaine.

Les institutions financières françaises sont tenues de rassembler et de communiquer tous les ans toute information en lien avec les comptes déclarables identifiés, dans le cadre du décret n° 2015-907 du 23 juillet 2015.

Il en résulte que les institutions financières françaises doivent se montrer particulièrement vigilantes avant de nouer des relations avec un client potentiellement *U.S. person*, pour ne pas s'exposer à des sanctions.

2/ Sanctions liées au non-respect des obligations

La non-production, comme la production tardive de la déclaration d'information (prévue à l'article 1649 AC du Code général des impôts) par une institution financière française, est constitutive d'un manquement à l'obligation déclarative.

Pour le cas où il s'agirait d'une première infraction ou lorsque le dépôt serait effectué dans les 30 jours suivant la demande de l'administration, une amende serait appliquée conformément aux articles 1729 B et 1736 du Code général des impôts à savoir une pénalité de 150 euros par déclaration et une autre de 200 euros pour tout compte déclarable qui contiendrait des informations manquantes ou inexacts.

A cette sanction en droit interne, peut s'ajouter un prélèvement forfaitaire à la source de 30%⁴⁷ sur les flux américains (tels que les dividendes et intérêts) versés à cette institution financière ou à ses clients, conformément à la législation FATCA. Cette législation, très dissuasive, a prévu des sanctions pour les contribuables ou les institutions financières qui dérogeraient à leurs obligations. Elle fait cependant l'objet de nombreux débats et contestations.

Dans l'hypothèse où un client présenterait des indices d'américanité et tenterait de se soustraire à ses obligations de transmission des documents (il serait alors qualifié de « récalcitrant » - « *reluctant* » terminologie utilisée) ou ne se conformerait pas à celles-ci dans les délais prévus, ou se trouverait dans une institution financière qui ne serait pas en conformité avec la législation FATCA, il pourrait se voir appliquer un prélèvement de 30% sur ses revenus de source américaine, avec le risque de clôture de son compte.

⁴⁷ Internal Revenue Code, §1471, §1472.

En réalité, la menace de retenue de 30% au bénéfice du trésor américain est relativement théorique dans la mesure où à la date de rédaction du rapport en mai 2019, aucun prélèvement n'avait encore été opéré⁴⁸. Étant précisé que la Fédération bancaire européenne en a fait aussi le constat concernant les associations et les fédérations nationales dont elle est la représentante.

Les institutions financières françaises veillent à la conformité aux nouvelles réglementations fiscales découlant du dispositif FATCA, et disposent désormais de systèmes leur permettant d'assurer le reporting des informations relatives aux contribuables américains et donc d'éviter tout risque de retenue de 30% au profit du trésor américain.

Chapitre 2 : FATCA : changement profond dans la coopération d'échanges d'informations fiscales

Les avancées considérables en matière d'échange d'informations fiscales ont été rendues possibles grâce à la coopération de nombreux États via des accords intergouvernementaux (en ce qui concerne le FATCA), mais également par l'adoption du CRS par l'OCDE (section 1). Toutefois, l'objectif visant une réelle transparence fiscale suppose la réciprocité (section 2).

Section 1 : L'étendue de la législation FATCA et son influence sur le CRS adopté par l'OCDE

L'étendue de la réglementation FATCA est garante de son effectivité (paragraphe 1), et le principe de l'échange automatique d'informations devrait être la norme dans la coopération fiscale internationale (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Étendue de la législation FATCA

Afin d'assurer l'effectivité optimale et résoudre de potentiels conflits entre le droit national et le droit américain, 113 pays ont conclu des accords intergouvernementaux avec les États-Unis. De surcroît, la conclusion de tels accords a permis d'atténuer l'atteinte portée à la souveraineté des États cosignataires, ce d'autant que la fiscalité relève du domaine régalién de chaque État (1/). Il n'en demeure pas moins qu'un questionnement, dépassant le seul dispositif FATCA, reste d'actualité quant à la domination imposée par la « *Lex americana* » (2/).

⁴⁸ Rapport d'information n°1945, relatif à l'assujettissement à la fiscalité américaine des Français nés aux États-Unis, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 15 mai 2019, p. 67.

1/ La conclusion d'accords intergouvernementaux avec 113 pays

L'application du dispositif FATCA dans les différents pays étrangers n'a pas fait l'objet de négociations ou de consultations préalables. Ces derniers n'avaient en réalité guère d'autre choix que de l'introduire dans leur législation nationale s'ils voulaient maintenir les services de leurs établissements financiers aux États-Unis.

Afin d'assurer l'efficacité du dispositif, de nombreux pays accueillant des activités de banques dans lesquelles sont logés des avoirs d'américains à l'étranger, ont donc conclu des accords intergouvernementaux avec les États-Unis.

On recense plus d'une centaine⁴⁹ d'IGAs (*Intergovernmental Agreements*) accords intergouvernementaux, conclus avec différents États. Le premier fut signé avec le Royaume-Uni le 12 septembre 2012 et le dernier le 1^{er} juillet 2019 avec les Seychelles - lequel n'est pas encore entré en force (un accord FATCA avait cependant été précédemment conclu entre les États-Unis et les Seychelles⁵⁰, ce dernier étant regardé comme entré en vigueur le 30 juin 2014).

Ces IGA s'avéraient nécessaires afin de répondre aux difficultés auxquelles faisaient face les institutions financières étrangères pour se mettre en conformité avec la loi, sans pour autant enfreindre leurs lois nationales sur la protection des données personnelles ou le secret bancaire. Il était donc préférable de parvenir à la conclusion d'un accord intergouvernemental plutôt qu'à une application unilatérale du droit américain. L'approche intergouvernementale permettant à la fois d'éliminer certains obstacles juridiques quant à la conformité, et de faciliter l'application de la législation.

Deux types d'accords intergouvernementaux régissent les relations entre un pays et les États-Unis. Le premier, Modèle I adopté par la France en 2013, prévoyant que les institutions financières du pays partenaire devront transmettre les informations relatives aux comptes américains à leur autorité fiscale nationale, laquelle s'engage à transmettre ces informations au fisc américain (Internal Revenue Service) ; certains accords prévoyant également l'engagement des États-Unis de fournir en retour des informations fiscales aux cosignataires, d'autres non.

Le second, Modèle II - adopté notamment par la Suisse, les Bermudes, et plus récemment par l'Arménie - prévoit que les institutions financières du pays partenaire devront transmettre les informations directement au fisc américain. Ce second type d'accord ne prévoyant pas quant à lui de réciprocité dans l'échange d'informations.

⁴⁹ Liste des accords intergouvernementaux (IGAs) : <https://home.treasury.gov/about/offices/tax-policy/foreign-account-tax-compliance-act>.

⁵⁰ Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Seychelles to Improve International Tax Compliance and to Implement FATCA : <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Seychelles-7-1-2019.pdf>.

Bien qu'il n'existe que deux types d'accords - à savoir les Modèles I et II - ces accords intergouvernementaux compliquent la tâche des banques établies dans les différents pays, qui sont ainsi contraintes d'appliquer diverses réglementations.

En ce qui concerne les institutions financières opérant dans des pays qui n'ont pas signé d'accords intergouvernementaux avec les États-Unis, à savoir la Russie ou Monaco, elles doivent quant à elles appliquer les règles FATCA (*Final Regulations*) et sont en liaison directe avec l'IRS.

2/ La diffusion et l'emprise de la *Lex americana*

Lors de la séance du 22 juillet 2014 à propos du dispositif FATCA, Mme Nicole Bricq s'interrogeait sur la question de savoir si nous n'étions pas face à une « *Lex americana qui s'impose au monde* »⁵¹.

Pour assoir la *Lex americana*, l'Amérique emploie tous les moyens à sa disposition à travers une politique étrangère, contraignante et offensive, illustrée par le FCPA et le FATCA. Le dispositif FATCA s'inscrit donc dans une démarche globale, certes partagée, mais dont le côté intrusif est souvent contesté. A cet égard, il est intéressant de noter qu'après avoir tenté en vain de contourner les lois américaines, les banques suisses ont finalement dû se soumettre au standard de la réglementation FATCA. Elles ont ainsi dû abandonner leur légendaire secret bancaire. Face à la pression américaine les différents pays finissent tous par céder. Le FATCA - ainsi que les dispositifs annexes américains - ont fini par créer un climat anxigène. De plus en plus de fraudeurs en viennent à se dénoncer d'eux-mêmes.

Le système juridique américain s'impose sans complaisance à toutes les autres juridictions sans se soucier du respect des normes en vigueur à l'étranger. Dans la législation FATCA, par exemple, le principe de réciprocité effectif et symétrique, est battu en brèche. L'application de cette législation si elle est légitime pour empêcher les *U.S. person* à se soustraire à leurs impôts américains, pose problème.

La *Lex americana* s'impose en effet dans des matières de plus en plus nombreuses et profite de la relative inertie européenne ; contexte qui conduit l'Amérique à se montrer toujours et encore plus ambitieuse dans sa volonté d'influencer des politiques étrangères et d'une certaine manière la prise de contrôle du droit au niveau mondial. La législation est amplifiée par un arsenal de mesures coercitives en cas de violation, se traduisant par des menaces de sanctions économiques dissuasives. L'objectif consistant à éliminer tout ce qui pourrait nuire aux intérêts américains et à étendre son influence dans le monde.

⁵¹ Séance du 22 juillet 2014 <http://www.senat.fr/seances/s201407/s20140722/s20140722020.html>.

Les États-Unis disposent en effet d'un droit extraterritorial de compétence universelle dans quantité de domaines. Le dernier exemple en date est le *Cloud Act*, acronyme signifiant *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act*⁵². Il s'agit d'une loi fédérale américaine promulguée le 23 mars 2018 par le président Donald Trump, qui permet aux autorités américaines d'accéder aux données hébergées sur des serveurs américains, y compris à l'étranger. Cette obligation incombe aux sociétés américaines et/ou à celles qu'elles contrôlent.

L'adoption de cette réglementation est intervenue suite au litige ayant opposé la société Microsoft à l'administration américaine. Cette dernière souhaitait accéder au contenu du compte de messagerie de l'un de ses clients ; le contenu étant stocké sur un serveur irlandais. En juillet 2016⁵³ la cour d'appel des États-Unis a rendu une décision en faveur de Microsoft, puis en octobre 2017 la *warrant case* a été examinée par la cour suprême des États-Unis. Le 17 avril 2018 la Cour Suprême des États-Unis a décidé d'abandonner la procédure, la promulgation du *Cloud Act* ayant rendu l'affaire sans objet⁵⁴. C'est dans ce contexte que le *Cloud Act* est né, permettant de moderniser les services d'enquêtes et les échanges d'informations en donnant accès aux enquêteurs américains aux informations stockées sur des serveurs américains indépendamment de leur localisation géographique dans le monde.

C'est ainsi que les données (e-mails, documents électroniques, ...) relatives à l'ensemble des citoyens étrangers tombent désormais sous le coup du *Cloud Act* (dispositif qui s'apparente à une violation de la souveraineté des États). Peuvent être concernées les données de personnes physiques comme celles des personnes morales, étant rappelé que le lieu où se situent lesdites données est sans incidence ; pas plus que la nationalité des personnes concernées. Les autorités américaines disposent avec cet outil d'un arsenal législatif de captation d'informations. Captations qui viendront alimenter la banque de données des services de renseignements américains à des fins de domination économique mais aussi de suprématie numérique des États-Unis. Pour M. le Député Raphaël Gauvain ce texte est le « *perfectionnement ultime par les américains de l'extraterritorialité* ».

La stratégie poursuivie à travers le *Cloud Act* est d'asseoir l'unilatéralisme extraterritorial américain. Ce système permet de collecter insidieusement des données sensibles au profit des autorités américaines.

Derrière l'apparence de coopération judiciaire qu'offrirait le *Cloud Act* en matière de recherche de preuves numériques, se cache en réalité un dispositif sophistiqué de collecte des données sensibles au seul bénéfice des autorités judiciaires

⁵² *Cloud Act* : H.R.4943 — 115th Congress, Consolidated Appropriations Act, 2018, P.L. 115-141.

⁵³ Microsoft v. United States No. 14-2985 (2nd Circuit court 2016).

⁵⁴ The New York Times, Supreme Court Tosses Out Microsoft Case on Digital Data Abroad, April 17th, 2018.

américaines et des agences administratives qui peuvent ainsi s'exonérer, en toute impunité, des règles élémentaires en matière de coopération internationale, d'entraide pénale ou administrative. Les États-Unis assurent ainsi leur domination numérique quasi-planétaire.

Pour la forme le *Cloud Act* permet aussi aux gouvernements étrangers d'accéder plus facilement aux données détenues par des entreprises technologiques américaines - alors qu'il fallait auparavant faire une requête auprès du département de la justice américain. Dans le cadre du *Cloud Act* les pays étrangers peuvent conclure un accord bilatéral avec les États-Unis, afin de ne plus avoir à solliciter d'autorisation préalable des autorités américaines.

Le premier accord bilatéral (*Cloud Act Agreement*) relatif aux échanges d'informations dans le cadre du *Cloud Act* a été signé par le Royaume-Uni le 3 octobre 2019. Selon le ministère de l'intérieur, l'Australie sera vraisemblablement le prochain pays à signer un tel accord.

Le *Cloud Act* participe à la stratégie globale des États-Unis dont l'objectif est d'atteindre voire consolider la domination numérique à l'échelle mondiale.

Bien que, pris ensemble, les différents dispositifs américains démontrent la volonté de l'Amérique de parvenir à ses fins et d'asseoir sa suprématie ; il est indéniable du moins en matière d'échange d'informations fiscales que le FATCA a fait de l'échange une norme dans la coopération fiscale internationale.

Paragraphe 2 : L'échange automatique d'informations : norme dans la coopération fiscale

La lutte contre la fraude fiscale nécessite une coopération internationale renforcée entre les administrations fiscales et notamment en matière d'échange d'informations. Le FATCA a impulsé la mise en place d'un nouveau standard international de coopération. C'est en effet dans ce contexte qu'a été introduite la norme commune de déclaration, dite CRS, par l'OCDE (1/), laquelle s'est largement inspirée du modèle américain. Bien que les deux dispositifs poursuivent la même finalité, on peut s'interroger sur les motivations des États-Unis qui se sont abstenus d'y adhérer (2/).

1/ L'accord multilatéral de l'OCDE introduisant le CRS

Lors de l'examen du projet de loi permettant l'approbation de l'accord de 2013, Mme Michèle André, rapporteur de la commission des finances, rappelait : « *La loi FATCA a été l'élément déclencheur de progrès considérables dans la lutte contre l'évasion fiscale internationale. Dans le sillage de l'initiative américaine, l'Union européenne et*

l'OCDE se sont lancées dans l'élaboration de standards d'échange automatique d'informations bien plus efficaces que l'actuel échange à la demande, ou plutôt à la carte tant il dépend de la bonne volonté des partenaires »⁵⁵.

Dans une lettre adressée à la commission européenne le 9 avril 2013, les ministres de l'économie du G5 (France, Allemagne, Royaume-Uni, Espagne, Italie) ont exprimé leur intention d'instaurer un mécanisme d'échange automatique d'informations à l'échelle de l'Union européenne, sur le modèle de la législation FATCA qui constitue le socle du nouveau standard international de coopération.

La volonté de parvenir à un échange automatique d'informations ayant pris une ampleur internationale, les négociations entre les États membres ont conduit à l'élaboration d'un standard européen correspondant au CRS de l'OCDE. Le CRS a ainsi été adopté par l'Union européenne par l'intermédiaire de la Directive 2014/107⁵⁶ sur l'échange automatique et obligatoire d'informations fiscales, du 9 décembre 2014.

Le CRS⁵⁷, acronyme de *Common Reporting Standard* - appelé également Norme Commune de Déclaration - élaborée par l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) à la demande du G20, vise à favoriser la transparence fiscale au niveau international, et à lutter contre l'évasion fiscale. Elle repose sur un instrument appelé le AEOI : *Automatic exchange of information* et a été approuvée par le Conseil de l'OCDE le 15 juillet 2014. Le CRS s'est profondément inspiré des accords intergouvernementaux ayant permis d'assurer l'application de la législation américaine FATCA, ce qui explique que le CRS soit parfois qualifié de GATCA (*Global FATCA*).

Le CRS fixe le cadre d'échange automatique d'informations entre les administrations fiscales concernant les comptes de clients non-résidents de la juridiction dans laquelle ils détiendraient des comptes. Conformément au CRS, les institutions financières sont tenues de se conformer à une procédure spécifique qui consiste à identifier les comptes financiers (compris au sens large, notamment les comptes d'assurance, de placement et d'entreprises) appartenant aux résidents fiscaux de pays signataires. Les clients titulaires de comptes ont quant à eux l'obligation de fournir à ceux-ci une auto-certification de résidence fiscale permettant de déterminer s'ils doivent être qualifiés de résidents ou non.

⁵⁵ Séance en hémicycle du 22 juillet 2014, examen de l'accord de 2013 avec les États-Unis sur la loi américaine dite FATCA.

⁵⁶ Directive 2014/107/UE du conseil du 9 décembre 2014 (« DAC 2 ») modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0107&from=FR>.

⁵⁷ OCDE (2017), Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale, Seconde édition, Éditions OCDE, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264268050-fr>.

Les institutions financières doivent ensuite communiquer les informations relatives aux comptes à leur autorité fiscale qui en assurera la transmission à l'administration fiscale du pays dont le client est résident fiscal pour permettre le cas échéant d'établir l'impôt ou de procéder à des contrôles fiscaux.

Le CRS a pour caractéristique de placer tous les États signataires sur un pied d'égalité et d'introduire une réciprocité totale. Plus d'une centaine⁵⁸ de juridictions, y compris la France dès 2014⁵⁹, ont pris l'engagement d'échanger ces informations de nature fiscale.

L'accord multilatéral de l'OCDE n'est toutefois pas aussi contraignant que le FATCA dès lors qu'il ne prévoit pas de mesures coercitives ou de retenue à la source à l'encontre des États non coopératifs. Les États signataires doivent quant à eux prévoir des sanctions pour leurs institutions financières.

En juin 2019, l'OCDE divulguait des résultats significatifs concernant l'effectivité de l'échange automatique d'informations pour l'année 2018. Plus de 90 juridictions ont ainsi procédé à un échange d'informations concernant plus de 47 millions de comptes offshore (contre 11 millions pour l'année 2017), pour une valeur de 4,9 mille milliards d'euros⁶⁰. Il s'agit, selon l'OCDE, du plus important échange d'informations fiscales de l'histoire.

D'autre part, de 2009 à 2019 plus de 95 milliards d'euros de recettes supplémentaires ont été perçues par les pays de l'OCDE et du G20 grâce à la divulgation volontaire de comptes offshore, d'actifs financiers et de revenus.

Les données relatives à l'échange automatique d'informations publiées au mois de juin 2020 révélaient une intensification des échanges et d'avancées considérables par rapport aux dernières années. En effet, en 2019 des données de plus de 84 millions de comptes financiers ont été échangées par les administrations fiscales de 97 pays, pour une valeur totale d'actifs de 10 000 milliards d'euros⁶¹.

Le CRS témoigne des progrès accomplis dans la lutte contre la fraude fiscale internationale, marquant ainsi une nouvelle étape dans la transparence fiscale. Angel Gurría, secrétaire général de l'OCDE expliquait ainsi que « *Nous nous rapprochons vraiment d'un monde où il n'y a nulle part où se cacher* »⁶².

⁵⁸ Signatories of the multilateral competent authority agreement on automatic exchange of financial account information and intended first information exchange date: <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/about-automatic-exchange/crs-mcaa-signatories.pdf>.

⁵⁹ L'accord multilatéral introduisant un échange automatique de renseignements a été signé à Berlin le 29 octobre 2014 par soixante-et-un États dont la France.

⁶⁰ OECD, Exchange of information, Implementation of tax transparency initiative delivering concrete and impressive results, 07/06/2019.

⁶¹ OCDE, La communauté internationale accomplit de nouvelles avancées dans la lutte contre la fraude fiscale internationale, 30/06/2020.

⁶² « *Secret bancaire : 100 milliards d'euros d'impôts récupérés* », Les Échos, 7 juin 2019.

Parvenir à une approche multilatérale concernant la réglementation de l'échange automatique d'informations est une nécessité. Il est regrettable que les États-Unis aient fait le choix de ne pas y adhérer.

2/ Les États-Unis non-signataires du CRS

La lutte contre la fraude fiscale internationale s'inscrit dans une démarche comprise et partagée par l'ensemble des États. Or, dans la liste des pays participants, on note l'absence d'un acteur majeur, au cœur même de la finance mondiale, les États-Unis.

Alors que le dispositif FATCA ne vise que les *U.S. persons* et leurs déclarations auprès de l'administration fiscale américaine, le CRS cible tous les clients d'institutions financières se trouvant dans des pays signataires. L'objectif des administrations concernées étant de déterminer avec précision les avoirs détenus à l'étranger par ses résidents fiscaux.

La non-adhésion des États-Unis au CRS témoigne de la résistance de ce pays à l'égard des réglementations internationales contraignantes, alors que l'objectif poursuivi est le même que celui du FATCA mais au bénéfice de tous les signataires. Avec le FATCA les États-Unis n'ont d'ailleurs pas besoin du CRS ; ils n'ont nullement l'intention de devenir les gendarmes au service des autres pays relativement au déficit d'informations financières de ceux-ci, concernant les comptes ouverts par leurs nationaux aux États-Unis. Cette stratégie permet à l'Amérique d'être désormais l'un des plus grands paradis fiscaux du monde.

Un rapport⁶³ publié le 1^{er} avril 2019 par le *Government Accountability Office* (GAO) (organisme indépendant d'audit, d'évaluation et d'enquêtes pour le Congrès américain, en charge de la vérification des comptes publics du budget fédéral américain) s'est penché sur la question de savoir si les États-Unis devaient adopter ou non le CRS. Ce rapport est arrivé à la conclusion que l'adoption du CRS n'apporterait pas d'avantages supplémentaires au Trésor américain en termes d'obtention d'informations sur les comptes américains. Il précise également que des coûts importants devraient être engagés - outre des frais additionnels de déclaration à la charge des institutions financières américaines - pour satisfaire les exigences du CRS.

Le rapport passe sous silence l'intérêt pour les pays étrangers de se protéger contre les tentations d'évasion fiscale offertes à leurs résidents par les États-Unis. En effet, les États-Unis sont devenus, grâce à un système sophistiqué et opaque, l'un des principaux pays d'accueil des grandes richesses mondiales. L'Amérique exige des

⁶³ U.S. Government Accountability Office, *Foreign Asset Reporting: Actions Needed to Enhance Compliance Efforts, Eliminate Overlapping Requirements, and Mitigate Burdens on U.S. Persons Abroad*, April 2019, p. 33-34.

institutions financières étrangères la transmission des informations concernant leurs contribuables mais refuse à contrario l'échange d'informations relatives aux ressortissants de ces mêmes pays. Une parfaite transparence de part et d'autre aurait permis d'établir une coopération équitable (La mise en place de l'échange d'informations par les États-Unis se limite aux accords intergouvernementaux « *Model I IGA's* » introduits dans le cadre de leur législation FATCA, et sur la base desquels ils procèdent certes à un certain partage d'informations mais à leurs propres conditions).

La question se pose de savoir si à terme les États-Unis figureront sur une liste noire s'ils n'adoptaient pas le CRS. Compte tenu de leur position économique dominante dans le monde ils bénéficient d'un avantage qui les place hors d'atteinte et il est peu probable qu'un pays se risque à prendre une telle initiative. On observe d'ailleurs que les responsables des finances de l'Union Européenne n'ont pas inscrit ce pays sur la liste des paradis fiscaux. Un paradoxe quand on sait que l'Amérique ne remplit pas les conditions requises en matière d'échange automatique d'informations bancaires des résidents étrangers. Les ministres des finances considérant que la législation FATCA serait suffisante pour satisfaire la transparence fiscale. À cet égard, on retiendra que la liste⁶⁴ de l'Union européenne, concernant les juridictions non coopératives en matière fiscale, publiée au journal officiel le 27 février 2020 n'inclut pas les États-Unis.

Alors que les pays étrangers se montrent bons élèves dans la transparence fiscale exigée par les États-Unis, ces derniers assurent, à contrario, un niveau de confidentialité rarement atteint, à la hauteur de leur puissance économique et financière. C'est dans ce contexte particulier que la donne est en train de changer au profit de l'Amérique. Comme le constate le magazine américain Bloomberg⁶⁵, des établissements bancaires tels que Rothschild & Co. ont déplacé des comptes de paradis fiscaux vers des États américains : Nevada, Wyoming, Delaware, Dakota du Sud. En effet, le système juridique des États fédérés permet une bien plus grande opacité. Le modèle américain n'est pas sans rappeler l'ancien modèle Suisse.

La stratégie de captation des actifs mondiaux mise en place par les États-Unis est remarquable. Sous couvert de dispositifs vertueux l'Amérique a bien manœuvré. Il ressort du classement réalisé par le Tax Justice Network⁶⁶ de février 2020 que les États-Unis sont classés en deuxième position en matière d'opacité financière et

⁶⁴ Journal officiel de l'Union européenne, Conclusions du Conseil relatives à la liste révisée de l'UE des pays et territoires non coopératifs à des fins fiscales (2020/C 64/03), 27 février 2020, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XG0227\(01\)&from=fr](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XG0227(01)&from=fr).

⁶⁵ « *Financial institutions catering to the global elite, such as Rothschild & Co. and Trident Trust Co., have moved accounts from offshore havens to Nevada, Wyoming and South Dakota. New York lawyers are actively marketing the country as a place to park assets* »: « *The U.S. Is Becoming the World's New Tax Haven* », 28th December 2017, Bloomberg opinion.

⁶⁶ « *Financial Secrecy Index 2020 reports progress on global transparency – but backsliding from US, Cayman and UK prompts call for sanctions* », Tax Justice Network, February 18th 2020.

fiscale, après les Îles Caïmans et avant la Suisse. Depuis l'arrivée du président Donald Trump, l'opacité s'est encore accrue et de nouveaux dispositifs ont vu le jour tels qu'une loi dans le New Hampshire favorable aux fondations privées non caritatives. Il est intéressant de noter qu'en 2013⁶⁷, les États-Unis figuraient à la 6ème place du classement, avant de prendre la 3ème place en 2015⁶⁸.

Le pragmatisme américain dans les affaires s'exerce pareillement dans leurs établissements bancaires qui se montrent peu exigeants⁶⁹ quant à l'origine des fonds qui leur sont confiés. Cette « discrétion » érigée en système vise à rassurer tout détenteur de fonds.

Clark Gascoigne, directeur exécutif de la Coalition FACT (*Financial Accountability and Corporate Transparency* - Responsabilité financière et la transparence des entreprises) pointe du doigt le comportement américain : « *Le secret financier reste un problème majeur aux États-Unis - permettant des crimes comme la traite des êtres humains, l'évasion fiscale et la corruption, tant sur le plan intérieur qu'à l'étranger* »⁷⁰. Toutefois, il conclut sur une note positive, pressentant que les États-Unis devraient mettre en place des réformes pour une plus grande transparence.

Le refus des États-Unis d'adhérer au CRS pourrait s'interpréter comme une absence de volonté réelle de parvenir à une réciprocité ; remarque d'autant plus pertinente à la lumière des informations parcimonieuses transmises par l'administration fiscale américaine dans le cadre des IGA's.

Section 2 : La réciprocité dans l'échange automatique d'informations

La législation FATCA - initialement unilatérale - a débouché sur la conclusion d'un accord intergouvernemental avec la France, prévoyant en apparence un volet de réciprocité (paragraphe 1). Cependant, la portée de l'accord se trouve limitée par la nature même du droit américain (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'accord intergouvernemental France-États-Unis sur une base bilatérale et réciproque

Bien qu'à l'origine l'accord intergouvernemental franco-américain prévoyait dans son article 6 un engagement de réciprocité de la part des États-Unis (1/), force est de constater que la transmission d'informations par la France est bien plus importante

⁶⁷ Tax Justice Network, Financial Secrecy Index 2013, Methodology p. 78: <https://fsi.taxjustice.net/Archive2013/Notes%20and%20Reports/FSI-Methodology.pdf>.

⁶⁸ Tax Justice Network, Financial Secrecy Index 2015, Methodology p. 75 : <https://fsi.taxjustice.net/Archive2015/Notes%20and%20Reports/FSI-Methodology.pdf>.

⁶⁹ Rapport d'information n°2246, relatif à l'impôt universel, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 septembre 2019, p. 47.

⁷⁰ « Financial Secrecy Index 2020 reports progress on global transparency – but backsliding from US, Cayman and UK prompts call for sanctions », Tax Justice Network, February 18th 2020.

que du côté américain. Il en résulte un sérieux déséquilibre dans l'échange d'informations (2/).

1/ L'engagement des États-Unis à parvenir à une réciprocité des échanges

Conformément au premier paragraphe de l'article 6⁷¹ relatif aux engagements réciproques en vue d'améliorer les échanges d'informations : « *Le Gouvernement des États-Unis convient de la nécessité de parvenir à des niveaux équivalents d'échanges automatiques de renseignements avec la France. Le Gouvernement des États-Unis s'engage à améliorer davantage la transparence et à renforcer la relation d'échange avec la France en continuant à adopter des mesures de nature réglementaire et en défendant et en soutenant l'adoption de lois appropriées afin d'atteindre ces niveaux équivalents d'échanges automatiques réciproques de renseignements* ».

Les États-Unis s'engageaient sur un accord qu'ils présentaient et justifiaient sur le fondement de la notion de réciprocité. Cette notion essentielle et nécessaire devait permettre à la France de défendre ses propres intérêts. Un tableau réalisé par la Direction de la législation fiscale relatif à la coopération en la matière entre la France et les États-Unis fait état de ce qu'en 2011 pas moins de 127 demandes auraient été adressées par la France aux États-Unis, contre 9 par les États-Unis à la France. En 2013 ces demandes s'élevaient à 108 adressées par les États-Unis, contre 12 adressées par la France⁷². À cette période, les demandes étaient faites au cas par cas et non de manière automatique. Dans un rapport du Sénat du 17 juillet 2014⁷³ sur le projet de loi sur l'autorisation d'approbation de l'accord du 14 novembre 2013, il était précisé que ces données permettaient de « relativiser » les problématiques inhérentes au non-respect de la réciprocité quant à l'échange automatique.

Bien que ce principe de réciprocité constitue une avancée majeure, il apparaît en réalité que les incertitudes et les craintes qui existaient déjà au moment de la conclusion de l'accord, quant à l'application effective par les États-Unis de ce principe, étaient plus que justifiées.

⁷¹ <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2015/1/2/MAEJ1431068D/jo/texte>, Légifrance, Décret n°2015-1 du 2 janvier 2015 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (dite « loi FATCA »), signé à Paris le 14 novembre 2013.

⁷² Rapport n°751, enregistré à la présidence du Sénat le 17 juillet 2014, sur le projet de loi autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (dite « loi FATCA »), p. 33-34.

2/ La dissymétrie dans l'échange d'informations

Il est rappelé que les États-Unis s'étaient engagés à parvenir à une réciprocité complète. La base de cet engagement impliquait que les États-Unis procèderaient de la même manière que la France à un transfert d'informations auprès de l'administration fiscale française relativement aux comptes détenus par des citoyens français aux États-Unis.

Force est de constater qu'en regard au solde des comptes et à la valeur de rachat des contrats d'assurance-vie, il n'y a aucune communication de la part des américains alors même que ces données sont transmises par la DGFIP à l'IRS. Il en ressort un déséquilibre flagrant dans l'échange d'informations.

Cette problématique a déjà été soulevée lors de l'examen du projet de loi permettant l'approbation de l'accord de 2013 quant à la teneur de l'engagement des États-Unis à parvenir à la réciprocité ; reprise en 2014 dans le rapport du Sénat. La communication des informations bancaires était en effet conditionnée à l'aval du Congrès ; or, les élus républicains de l'époque contestaient la révélation du solde des comptes bancaires au motif que celle-ci était contraire à la Constitution américaine. Le rapport de mai 2019 a relevé que les élus et les fonctionnaires interrogés dans le cadre de ce rapport ont reconnu que le Congrès allait probablement persister dans son refus de voter une modification législative qui aurait permis de lever cet obstacle.

Toutefois, ces craintes en matière de réciprocité étaient tempérées par la déclaration d'intention⁷⁴, en annexe de l'accord de 2013 qui soulignait un point important quant à la législation américaine selon laquelle celle-ci autorise la transmission d'un renseignement, notamment le solde du compte. Les États-Unis s'engageant expressément à le déclarer à la DGFIP.

Nonobstant cette déclaration, la coopération entre la France et les États-Unis se trouve compromise compte tenu de son application irrégulière par les américains. Le professeur de droit fiscal, M. Carlo Garbarino, s'est exprimé sur le sujet, en mai 2018, devant la commission parlementaire des pétitions du Parlement Européen⁷⁵ sur la législation FATCA. À cette occasion, il soulevait la problématique liée à l'échange automatique d'informations fiscales qui ne peut être justifié dès lors que le flux des données est unilatéral. Il insistait notamment sur le besoin d'une approche multilatérale. L'analyse de la situation « sur le terrain » révèle que les États-Unis ne cherchent pas réellement à parvenir à cette réciprocité.

⁷⁴ Déclaration d'intention de la France et des États-Unis, https://www.economie.gouv.fr/files/usa_declaration_intention_fatca_14nov13.pdf.

⁷⁵ FATCA Legislation and its application at International and EU Level, PETI, May 2018.

Un questionnaire⁷⁶ transmis aux correspondants du Trésor auprès de plusieurs ambassades en 2018 faisait d'ailleurs état, relativement à l'application de l'accord FATCA, de ce que la réciprocité au Canada et aux Pays-Bas était également asymétrique.

De surcroît, le parlement européen dans une résolution du 5 juillet 2018 relative aux « *effets néfastes de la loi FATCA sur les citoyens de l'Union européenne, en particulier les Américains accidentels* » précisait avoir relevé « *dans sa résolution du 6 juillet 2016 sur les rescrits fiscaux et autres mesures similaires par leur nature ou par leur effet, un manque significatif de réciprocité entre les États-Unis et l'Union dans le cadre de l'accord FATCA*⁷⁷ ». Ceci démontre que l'absence de réciprocité dans l'échange d'informations fiscales ne touche pas seulement la France.

Les États-Unis sont très astucieusement parvenus à « recruter » à leur insu les fisca étrangers qui opèrent de fait des prélèvements obligatoires et transmettent des informations sensibles ; au surplus sans avoir à en assumer les frais. La DGFIP en France ne fait pas exception.

Il convient à ce stade d'analyser la portée des engagements découlant des IGAs, au regard du droit américain.

Paragraphe 2 : La réciprocité altérée par la nature même de l'accord intergouvernemental

La nature du droit américain limite la portée de l'accord intergouvernemental passé avec la France en 2013, de même que tous les autres accords intergouvernementaux passés par les États-Unis avec d'autres pays ; remettant ainsi en cause la qualité de la coopération fiscale (1/). Alors que la conclusion de ces accords semblait annoncer une approche multilatérale (notamment par le principe de réciprocité) il s'avère en réalité que le système américain laisse peu de place au multilatéralisme (2/).

1/ La nature de l'accord intergouvernemental limitant sa portée

Lors de la promulgation de la loi FATCA dans le cadre du *HIRE ACT*, le Congrès américain n'avait pas prévu d'alternative à sa mise en œuvre au niveau international. Pour assurer l'application de cette législation à l'étranger, des accords intergouvernementaux ont été conclus par les États-Unis avec de nombreux pays

⁷⁶ Questionnaire transmis aux correspondants du Trésor auprès des ambassades concernées (été 2018) : Annexe 2 du rapport de mai 2019.

⁷⁷ Résolution du Parlement européen du 5 juillet 2018 sur les effets néfastes de la loi des États-Unis relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (FATCA) sur les citoyens de l'Union européenne, et en particulier les «Américains accidentels» (2018/2646(RSP)).

(l'exécutif américain n'a pourtant pas l'autorisation, aux termes de la législation FATCA, de conclure ces IGAs) lesquels ne constituent pas des traités au regard du droit constitutionnel américain⁷⁸. En effet, selon la Convention de Vienne, un traité s'entend « *d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière* »⁷⁹ or, aux États-Unis un traité se définit comme un accord international, signé par le président et ratifié seulement après avoir été validé par deux tiers du Sénat.

La question de la constitutionnalité des accords intergouvernementaux (IGAs), *sole executive agreement*, a donné lieu à de nombreux débats. Ils sont conclus directement par l'exécutif américain sans avoir été préalablement validés par les deux tiers du Sénat - en violation de l'article II, section 2 (2) de la Constitution des États-Unis.

La particularité des IGAs étant donc de s'affranchir totalement de la validation législative ; ils ne peuvent être considérés juridiquement comme des traités au regard du droit américain, ni comme des « accords de l'exécutif et du Congrès ». Ceci est source d'insécurité juridique. Cette fragilité réduit l'efficacité⁸⁰ de l'engagement côté américain sans compromettre pour autant l'engagement au niveau juridique international⁸¹. Dans leur ensemble, les IGAs ont été ratifiés par de nombreux pays leur donnant ainsi valeur d'un traité dans l'ordre juridique international.

Par ailleurs, les accords intergouvernementaux « *Model I* » - modèle adopté par la majorité des pays, dont la France - s'appuient sur des règles qui ne sont pas exactement conformes à la législation FATCA, ce qui permet - à titre d'exemple - aux institutions financières étrangères de ne pas avoir à s'adresser directement au Trésor américain - celles-ci passent par l'intermédiaire de leur autorité fiscale nationale. L'exécutif a ainsi réussi la prouesse de contourner les lois du Congrès.

La constitutionnalité des IGAs fait partie des éléments ayant été contestés dans le cadre d'une action conjointe⁸² de sept plaignants, dont le sénateur républicain du Kentucky, Rand Paul. Les plaignants avançaient que les IGAs sont contraires à la constitution dans la mesure où ils dépassent le pouvoir constitutionnel du Président

⁷⁸ A. CHRISTIANS, « *The Dubious Legal Pedigree of IGAs (and why it matters)* », Tax notes international, Vol. 69, Number 6, February 11, 2013, p. 565.

⁷⁹ Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, 1. a) de l'article 2 « expressions employées », p. 123 : https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/1_1_1969.pdf.

⁸⁰ R. BISMUTH, « *Le Cloud Act face au projet européen e-evidence : confrontation ou coopération ?* » Rev. Crit. DIP 2019, p. 681.

⁸¹ A. KALLERGIS « *La compétence fiscale* », Nouvelle Bibliothèque de Thèses, volume 175, Dalloz, p. 677.

⁸² Appendix, Supreme Court of the United States : https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-911/24702/20171221104604484_Appendix%20-%20final.pdf.

en l'absence d'une autorisation préalable du Congrès. Le sénateur soulevait quant à lui, avoir été privé de son droit constitutionnel de vote en tant que membre du sénat américain relativement aux FATCA IGAs. Il précisait à cet égard qu'il aurait voté contre ces accords intergouvernementaux si ceux-ci lui avaient été soumis pour avis, conformément à la constitution.

Dans un arrêt *Crawford v. United States Department of the Treasury*⁸³ la Cour d'appel du sixième Circuit a cependant confirmé le jugement du tribunal du District selon laquelle les plaignants - dont le sénateur Rand Paul - n'avaient pas qualité pour contester la législation FATCA ainsi que les IGAs. Alors que dans l'affaire *Coleman*⁸⁴ où les votes des plaignants auraient suffi à mettre en échec la législation remise en cause, le vote du Sénateur Rand Paul n'aurait pas suffi à lui seul à faire échec à l'application des accords intergouvernementaux. Dès lors, ni le Sénateur Rand Paul, ni les autres plaignants, n'étaient fondés à contester lesdits accords, et ce, d'autant qu'ils ne pouvaient établir que ceux-ci leurs seraient préjudiciables.

Par ailleurs, le 2 avril 2018 la Cour suprême des États-Unis a rejeté la demande des plaignants visant l'obtention d'une ordonnance dite de Certiorari⁸⁵ afin d'examiner la décision de la Cour d'appel du sixième circuit.

Les questionnements relatifs à la sécurité juridique des accords intergouvernementaux - qui impactent directement la qualité de la coopération – révèlent des incertitudes quant à la réalité même de multilatéralisme.

2/ Les incertitudes autour de la notion de multilatéralisme

Les États-Unis ont fait le choix de mettre en place un dispositif unilatéral dont la portée est extraterritoriale, exigeant ainsi de l'ensemble des institutions financières étrangères de leur livrer des informations sur leurs clients américains, au risque de se faire appliquer, en cas de refus, un prélèvement forfaitaire de 30% sur les flux financiers américains.

Cette législation instaure un rapport de force au bénéfice de l'administration américaine ; celle-ci ambitionnant d'atteindre une forme d'universalisme, dont le véritable objectif est d'étendre sa compétence comme son influence au-delà de ses frontières.

La signature d'accords intergouvernementaux destinés à assurer l'application du dispositif en droit interne de tous les pays ayant conclu ces accords, a introduit un

⁸³ *Crawford v. United States Department of the Treasury* 868 F.3d 438 (6th Circ. 2017).

⁸⁴ *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433, 438 (1939).

⁸⁵ Une ordonnance de Certiorari, que l'on retrouve en Common law, permet d'enjoindre à une juridiction inférieure de remettre son dossier à une juridiction supérieure afin qu'elle puisse l'examiner ; « U.S. Supreme Court Refuses to Hear Challenge to FATCA », Lexology, July 5th 2018.

volet de multilatéralisme dans l'échange d'informations fiscales ; ce, notamment, par l'instauration du principe de réciprocité entre les États-Unis et les États signataires du *Model I IGA*. Le multilatéralisme devrait par ailleurs être à la base de toute coopération équitable.

Bien qu'il ne fasse aucun doute que la lutte contre l'évasion fiscale ne peut se faire qu'avec une approche multilatérale, l'attitude américaine ne semble visiblement pas prendre cette orientation. En effet, l'asymétrie dans l'échange d'informations, problématique constante, est toujours d'actualité ; c'est donc une remise en cause du principe même du multilatéralisme, introduite dans les *IGA Model I*.

Cette tendance américaine a toujours favoriser une approche unilatérale avait déjà été observée en 2003 dans un article du professeur Guillaume Devin qui écrivait : « *il est vrai qu'aucune avancée multilatérale n'est assurée (quels que soient les secteurs d'activité concernés) si les États-Unis ne jouent pas le jeu* »⁸⁶. On retrouve le même état d'esprit dans la législation FATCA dans la mesure où, même si les accords sont en théorie multilatéraux, l'avancée multilatérale n'est pas assurée du fait de l'absence ou de l'insuffisance de réciprocité dans l'échange d'informations de la part des américains. Ceci prouve que les États-Unis préfèrent pratiquer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales de manière unilatérale et essentiellement à leur bénéfice.

Comme nous l'avons vu, le FATCA marquait le point de départ de l'échange automatique d'informations au niveau international. À l'instar du FATCA, le CRS a pour vocation de mettre fin à la dissimulation des avoirs à l'étranger. Il eut été souhaitable que les États-Unis adhèrent loyalement à cet accord multilatéral d'échange automatique de renseignements entre autorités compétentes. Ils ont fait le choix de ne pas le signer pour conserver uniquement leur législation nationale.

L'incertitude juridique autour de la notion de multilatéralisme se retrouve également dans les dispositions de la taxe GAFA (acronyme désignant les géants Google, Amazon, Facebook et Apple). Lors de l'examen du rapport de la mission d'information sur l'assujettissement à la fiscalité américaine des Français nés aux États-Unis, M. le Député Laurent Saint-Martin, co-rapporteur de la mission d'information, expliquait qu'il se trouvait à Washington au moment où était débattue en France cette taxe et que ses homologues américains lui faisaient remarquer : « *l'unilatéralisme, c'est nous et le multilatéralisme c'est vous* »⁸⁷.

La taxe GAFA, adoptée définitivement le 11 juillet 2019 par le parlement, concerne les géants du numérique à hauteur de 3% de leur chiffre d'affaires réalisé sur le territoire français. En janvier 2020, la France a décidé de reporter le prélèvement de

⁸⁶ Guillaume DEVIN, « *Les États-Unis et l'avenir du multilatéralisme* », *Cultures & Conflits*, 51 | automne 2003, p. 2.

⁸⁷ Rapport d'information n°1945, relatif à l'assujettissement à la fiscalité américaine des Français nés aux États-Unis, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 15 mai 2019, p. 86.

cette taxe au mois de décembre afin de permettre aux négociations de l'OCDE d'aboutir. Or, les États-Unis ont fait le choix de ne pas poursuivre ces négociations. Ils ont même envisagé des taxes supplémentaires sur près de 3,1 milliards de dollars de produits européens⁸⁸, qui affecteraient également la France ; menace qui suscite de nombreuses inquiétudes quant à une nouvelle guerre commerciale. En effet, une loi américaine de 1974⁸⁹ prévoit des représailles douanières lorsqu'un pays traite des produits américains de façon discriminatoire, injuste ou déraisonnable (enquête menée par le bureau du représentant au commerce (USTR) au regard de la section 301 du *Trade Act* de 1974).

Le ministre de l'Économie et des Finances, M. Bruno Le Maire a dénoncé ce comportement, qualifiant la menace américaine de « provocation »⁹⁰, précisant qu'à défaut d'une taxe internationale d'ici la fin de l'année, cette taxe toucherait fatalement la France.

De toute évidence une démarche multilatérale s'impose quant à la taxation des géants du numérique. Elle constitue « *l'unique possibilité* » selon le secrétaire général de l'OCDE, M. Angel Gurría. Les États-Unis ne semblent cependant pas réceptifs aux arguments avancés. Pour sa part, le Président américain Donald Trump, montre clairement qu'il n'accepte pas les pressions européennes. Lorsque les négociations ne vont pas dans le sens qu'il souhaite, il n'hésite pas à se retirer ; un choix qui n'est certainement pas sans lien avec les prochaines élections en novembre.

Qu'il s'agisse de la taxe GAFa ou de la législation FATCA, la position américaine ne manque pas d'ambiguïté. Il est difficile de ne pas se rendre à l'évidence que le multilatéralisme n'a « *jamais été plus qu'un simple outil pour la politique étrangère américaine* »⁹¹. Les États-Unis poursuivent en réalité leurs seuls intérêts, traitant l'évasion fiscale unilatéralement par le biais du FATCA, ou bilatéralement via les IGAs.

Il est indéniable que le FATCA a conduit à un changement profond dans l'échange d'informations du fait de son étendue et des engagements pris eu égard à la réciprocité, nonobstant le fait que celle-ci s'est avérée exagérément asymétrique.

⁸⁸ « *Donald Trump risque d'imposer des taxes punitives à la France* », Capital, 24 juin 2020.

⁸⁹ 19 U.S. Code § 2411. Actions by United States Trade Representative ; Andres B. SCHWARZENBERG, Congressional Research Service, In focus, Updated April 20th 2020, China and France, <https://www.hsdl.org/?view&did=837542> ; Reuters, « *Les USA remettront lundi leur rapport sur la « Taxe Gafa » française* », Challenges, 27 novembre 2019.

⁹⁰ « *Taxe GAFa* » : la France dénonce une « provocation » des États-Unis, 18 juin 2020, Le Figaro.

⁹¹ Jussi M. HANHIMÄKI : « *Les États-Unis et le multilatéralisme depuis le 11 septembre* » ; Institut Français Des Relations Internationales, p. 518.

La transposition de ce dispositif en droit français s'est révélée complexe. D'ailleurs, sept ans après la conclusion de l'accord intergouvernemental franco-américain, des difficultés subsistent dans sa mise en œuvre, et non des moindres, que nous allons étudier ci-après (Titre II).

TITRE II : LA SUBSISTANCE DE DIFFICULTES DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA LEGISLATION FATCA

La législation FATCA demeure au centre de vives critiques. D'une part, les effets pervers qui en découlent sur les Américains, dits accidentels, alimentent les controverses ; une attache, même infime, avec les États-Unis faisant d'eux de fraudeurs potentiels (chapitre 1) ; D'autre part, le FATCA semble s'apparenter à une nouvelle expression de l'impérialisme américain, qu'il convient de contrer par la mise en place de moyens de défense au niveau national et européen (chapitre 2).

Chapitre 1 : Les effets de la législation FATCA sur les américains dits accidentels

L'acquisition de la nationalité américaine par le sol, place une catégorie d'Américains, dits accidentels, dans une situation contraignante, voire préjudiciable (section 1). À cela s'ajoutent les difficultés inhérentes à l'application des différents accords franco-américains à leur égard (section 2).

Section 1 : L'acquisition de la citoyenneté américaine et ses effets

Le droit du sol est garanti par la section première du 14^{ème} amendement de la Constitution américaine, laquelle dispose : « *Toutes les personnes nées ou naturalisées aux États-Unis, et soumises à la juridiction de ce pays, sont des citoyens des États-Unis et de l'État dans lequel elles résident* »⁹². Par ailleurs, une autre particularité du système américain tient à l'imposition sur la base de la citoyenneté (CBT), laquelle a été d'autant plus concrétisée par FATCA (paragraphe 1). En effet, jusqu'en 2010 de nombreux expatriés américains n'avaient pas, ou prétendaient ne pas avoir, connaissances de leurs obligations fiscales. La portée extraterritoriale du FATCA a donné à l'administration fiscale américaine une emprise sur les avoirs des contribuables américains en dehors du territoire national, poussant nombre d'Américains accidentels à renoncer à leur nationalité (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'extraterritorialité revendiquée de l'Internal Revenue Service

Les États-Unis accordent une grande importance au critère dit de compétence personnelle (tenant à la nationalité des personnes et des entreprises). Le principe de la CBT, imposition sur la base de la citoyenneté, est l'expression même de ce

⁹² Legal Information Institute, U.S. Constitution, 14th Amendment, <https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv>.

rattachement à la citoyenneté (1/) ; il fait cependant l'objet de nombreux débats eu égard à ses conséquences envers les américains dits accidentels (2/).

1/ Principe de la *Citizenship Based Taxation* – imposition sur la base de la citoyenneté

On rappellera que les États-Unis appliquent le principe de la *citizenship based taxation* ; lequel prévoit que l'impôt est prélevé non pas sur la base du lieu de résidence, mais sur la base de la citoyenneté. De ce fait, tous les citoyens américains sont redevables de l'impôt fédéral sur la base de leurs revenus mondiaux. Précision : les États-Unis et l'Érythrée sont les deux seuls pays au monde à taxer les non-résidents sur leurs revenus.

L'imposition sur la base de la citoyenneté remonte à la guerre de Sécession, époque à laquelle il fallait d'urgence trouver des fonds pour financer la guerre. Ce type d'imposition se révéla être la solution, ce d'autant que nombre d'Américains vivant à l'étranger ne participaient pas à leur devoir civique. C'est dans ce contexte qu'a été envisagée l'instauration d'une imposition plus élevée sur les revenus de source américaine. C'est ainsi que la première loi fédérale de l'impôt sur le revenu sera promulguée en 1861⁹³, et la suivante en 1862. Ces lois visaient les citoyens américains non-résidents - mais elles étaient limitées aux revenus de source américaine. Le 30 juin 1864, le Congrès allait adopter une autre loi visant l'imposition des citoyens non-résidents, mais cette fois-ci sur leurs revenus mondiaux⁹⁴.

En 1918⁹⁵, un crédit d'impôt étranger fut mis en place pour éviter la double imposition, mais aussi pour rassurer les entreprises américaines travaillant à l'étranger qui s'inquiétaient pour d'évidentes raisons du désavantage concurrentiel⁹⁶ relativement à la charge excessive des impôts.

En 1924, la Cour Suprême des États-Unis confirmera la constitutionnalité de l'imposition basée sur la citoyenneté, dans l'affaire *Cook v. Tait*⁹⁷, justifiée par le fait que tout citoyen américain - sans considération de sa situation géographique – pouvait utiliser les services des ambassades et des consulats américains et bénéficiait du droit de retour sur le sol américain.

⁹³ Charles F. Dunbar, The direct tax of 1861, The Quarterly Journal of Economics, Jul., 1889, Vol. 3, No. 4 (Jul., 1889) p. 445-446.

⁹⁴ Cynthia G. Fox, "Income Tax Records of the Civil War Years", 1986, Vol. 18, No. 4 | Genealogy Notes.

⁹⁵ Revenue Act of 1918.

⁹⁶ A. SUNDBERG, « *History of US taxes abroad from 1787 to 2001* », 2011 ; Hearings Before the House Committee on Ways and Means on the Revenue Act of 1918, 65th Congress, 2nd Session 648 (1918).

⁹⁷ *Cook v. Tait*, 265 U.S. 47, 5th May 1924.

D'autres pays ont pratiqué dans le passé le même principe d'imposition sur le fondement de la citoyenneté ; ils l'ont abandonné depuis. À titre d'exemple, le Mexique exigeait jusqu'en 1981 de ses citoyens de payer des impôts sans considération du lieu de vie ; désormais, la base d'imposition est la résidence. Cependant, un contribuable mexicain est considéré comme résident fiscal mexicain durant trois ans lorsque son nouveau domicile se situe dans un État au régime fiscal préférentiel ; c'est-à-dire lorsque le taux applicable est de plus de 75% inférieur à celui pratiqué au Mexique⁹⁸, à moins que la convention fiscale ne prévoie une clause d'échange d'information sans limites.

Le Vietnam pratiquait également, initialement, l'imposition fondée sur la citoyenneté. Cependant, en 2009, le gouvernement a adopté une loi relative à l'impôt sur le revenu des particuliers. Cette loi, entrée en vigueur en 2009, a remplacé la citoyenneté au profit du lieu de résidence comme base d'imposition⁹⁹.

Un citoyen américain reste toujours soumis aux taxes applicables dans son pays quel que soit son lieu de résidence. Ce système contraignant basé sur la citoyenneté n'a jamais été abrogé contrairement à d'autres pays. L'explication selon laquelle les expatriés disposeraient de nombreux avantages ne semble pas être un argument sérieux. En procédant ainsi, les États-Unis font montre d'autorité sur l'ensemble de leurs citoyens, quand bien même ceux-ci résideraient à l'étranger. Ce système, souvent critiqué, a conduit nombre d'entre eux à entreprendre des démarches complexes pour renoncer à cette citoyenneté contraignante.

Le système de la *citizenship-based taxation* frappe ainsi directement les « Américains accidentels ».

2/ Les conséquences du FATCA à l'égard des Américains accidentels

Les États-Unis sont le seul pays au monde - avec l'Érythrée - à maintenir une telle pratique. Toutefois, pour ce qui concerne l'Érythrée, une taxe forfaitaire de 2% est appliquée à tous les nationaux non-résidents sans considération de leurs revenus. C'est ainsi, que le Conseil de sécurité des Nations Unies a condamné l'Érythrée en 2011¹⁰⁰ pour l'utilisation abusive de la taxe dite de la « diaspora », lui enjoignant de cesser cette pratique.

Les États-Unis restent attachés au principe de la CBT, imposition présentée comme un dispositif permettant aux citoyens américains d'aider l'économie du pays. Des contestations de plus en plus vives se font entendre relativement à son caractère

⁹⁸ Rapport d'information n°2246, relatif à l'impôt universel, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 septembre 2019, p. 61.

⁹⁹ <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/vietnam-law-on-personal-income-tax/> ; Vietnam : Law on personal income tax, library of Congress.

¹⁰⁰ United Nations, Security Council, 5th December 2011, Resolution 2023 (2011), p. 3.

injuste. Mme Jaqueline Bugnion, ancienne directrice d'*American Citizens Abroad* s'en est fait l'écho ; elle le décrit en ces termes : « *avide, très injuste, inefficace, trop compliquée et punitive* »¹⁰¹ et réclame dès à présent une imposition basée sur la résidence effective.

Conformément à l'*Internal Revenue Code*¹⁰², les États-Unis se réservent le droit d'imposer toute *U.S. person*, y compris les citoyens américains sans considération de leur lieu de résidence. Les États-Unis exigent de leurs nationaux de déclarer leurs revenus, quand bien même ces personnes seraient des « Américains accidentels ». Ce terme, « d'Américain accidentel » désigne les personnes nées aux États-Unis de parents français et qui, pour la plupart, n'y ont jamais vécu, ou très peu, ni même fait leurs études, ni travaillé, ni voté aux élections américaines. Pourtant, l'administration fiscale américaine les considère comme des contribuables américains comme les autres. Des français sont donc victimes de son application.

Les règles inhérentes à la citoyenneté américaine sont complexes. Les institutions financières françaises sont soumises à l'obligation de transmettre tous les comptes détenus par des personnes présentant des indices d'américanité en prenant en compte : la nationalité, le pays de naissance, l'adresse aux États-Unis, le numéro de téléphone actuel aux États-Unis, les virements permanents aux États-Unis, les mandataires aux États-Unis.

Les citoyens américains sont tenus de produire le formulaire FBAR, acronyme de *Foreign Bank Account Report*, dès lors que la valeur totale des comptes financiers détenus à l'étranger dépasse 10 000 dollars indépendamment du moment de l'année civile¹⁰³. Il convient de préciser qu'il faut prendre en compte le solde cumulé. À titre d'exemple si deux comptes cumulent plus de 10.000 dollars ceux-ci doivent tout de même être déclarés. Le bureau du FinCEN, *Financial Crimes Enforcement Network* est chargé de la réception de ce formulaire.

Ainsi, les « Américains accidentels » - considérés comme des citoyens américains à part entière sont également tenus de produire ce formulaire ; l'absence de déclaration peut engendrer des pénalités importantes qui varient selon que l'omission est ou non volontaire. En effet, pour ce qui est des pénalités civiles, elles peuvent atteindre 10 000 dollars. Lorsque l'omission est considérée comme volontaire, la pénalité peut atteindre 100 000 dollars ou 50% des soldes des comptes¹⁰⁴ - étant précisé que des sanctions pénales peuvent s'y ajouter. Les pénalités pourront cependant être écartées dès lors que l'omission est considérée

¹⁰¹ J. BUGNION : « *The current law is perceived as greedy, highly, unfair, inefficient, overly complicated, and punitive* », Viewpoint, tax notes August 24th, 2015, Concerns about the taxation of Americans Resident Abroad.

¹⁰² I.R.C. § 7701 (a) (30) : « United States person : The term "United States person" means : a citizen or resident of the United States) ».

¹⁰³ IRS official Website, Comparison of Form 8938 and FBAR requirements.

¹⁰⁴ IRS official Website, Comparison of Form 8938 and FBAR requirements.

comme involontaire ; ceci impliquera de suivre la procédure de conformité simplifiée, *streamlined procedure*. Procédure qui permet aux contribuables concernés de certifier que le défaut de déclaration des actifs financiers étrangers et que le paiement des impôts relatifs à ces actifs n'étaient pas intentionnels, mais qu'il était lié à une négligence, une inadvertance, une erreur ou une mauvaise compréhension de la législation¹⁰⁵.

Il en résulte une lourdeur administrative au préjudice des « Américains accidentels », qui ont conduit nombre d'entre eux à prendre des mesures drastiques pour tenter d'y échapper.

Paragraphe 2 : L'impact de la pratique extraterritoriale de l'imposition fondée sur la citoyenneté

La combinaison du droit du sol, de l'imposition fondée sur la nationalité et de la loi FATCA, représente un fardeau pour de nombreux américains et particulièrement pour les « Américains accidentels », ce qui explique que ce dispositif ait contribué à une hausse des renoncements à la citoyenneté (1/) en dépit de la complexité et du coût de la procédure (2/).

1/ L'augmentation des renoncements à la citoyenneté américaine en France et à l'étranger

L'Immigration and Nationality Act dispose, dans sa section 349 (a) (5)¹⁰⁶ - relative au droit des citoyens américains de renoncer à l'étranger à leur nationalité américaine - que la démarche de renonciation volontaire et intentionnelle à la nationalité peut se faire devant un agent diplomatique ou consulaire américain dans un État étranger, selon la procédure prévue par le Secrétaire d'État.

Bien que la nationalité américaine confère un certain nombre de privilèges, l'introduction du FATCA a eu des répercussions sur le nombre de demandes de renonciation à la nationalité américaine qui n'ont cessé d'augmenter, notamment pour cause de lourdeur des déclarations fiscales mondiales et de la complexité du FATCA.

Cette renonciation est un acte irrévocable qui entraîne la cessation de l'obligation déclarative des revenus mondiaux. En effet, les citoyens américains quelle que soit leur situation géographique sont tenus, d'une part, de déclarer leurs avoirs qu'ils détiennent en dehors des États-Unis et, d'autre part, de procéder à des déclarations

¹⁰⁵ IRS official Website, Streamlined Filing Compliance Procedures.

¹⁰⁶ Section 349 (a) (5) of the Immigration and Nationality Act (INA) (8 U.S.C. 1481(a) (5) ; US Department of State - Bureau of consular affairs, Renunciation of U.S. Nationality Abroad.

d'impôt sur le revenu, les successions, donations, et de payer au trésor américain des impôts sur leurs revenus mondiaux.

En 2011, 1781¹⁰⁷ demandes de renonciation à la citoyenneté américaine ont été recensées, atteignant un chiffre record dans le pays ; en 2013 il s'élevait à 2999¹⁰⁸.

En 2017, le nombre de renonciations à la citoyenneté américaine atteignait environ 6800. Une hausse de 26%¹⁰⁹ par rapport à 2016 (alors de 5411) laquelle était déjà en hausse de 26% par rapport à 2015.

En 2018, le nombre de renonciations s'élevait à 3983¹¹⁰. On observe que l'augmentation de plus de 400% des frais de renonciation à la citoyenneté américaine en 2014, n'a pas pour autant freiné les demandes. On constate également que le nombre de renonciations est dix fois plus important qu'il ne l'était en 2000¹¹¹.

Une étude menée par *Greenback Expat Tax Services*, sur 3100 expatriés américains entre le mois de mars et mai 2019, révélait que 20%¹¹² d'entre eux envisageaient sérieusement renoncer à leur citoyenneté américaine ; près de quatre candidats sur dix motivaient leur décision par la charge fiscale qui leur est imposée.

En 2019, le nombre de renonciations s'élevait à 2071¹¹³.

Le fait que les chiffres de l'année 2018 et 2019 soient inférieurs aux années précédentes, s'expliquerait par différentes raisons : la première tenant au nombre de personnes qui n'auraient en réalité pas été comptabilisées - les chiffres étant vraisemblablement sous-estimés - et la seconde explication pourrait tenir au fait que la majorité des contribuables américains vivant à l'étranger et pour lesquels la législation FATCA était problématique, auraient fini par s'organiser au cours des dix années de son existence, ou par renoncer à leur nationalité.

Le département du trésor américain a publié la liste des personnes ayant renoncé à la citoyenneté américaine au cours du premier trimestre 2020. Cette liste comprend

¹⁰⁷ "Facebook Billionaire Gives Up Citizenship to Escape Bad American Tax Policy", Forbes, May 11th 2012.

¹⁰⁸ Robert W. WOOD "Americans Renouncing Citizenship Up 221%, All Abroad The FATCA Express", February 6th 2014.

¹⁰⁹ "Americans Renouncing Their Citizenship Is at a Record High", Kate Samuelson, FORTUNE, February 10, 2017.

¹¹⁰ "When U.S. Citizenship Starts Looking Like a Bad Deal", The New York Times: December 6th, 2019.

¹¹¹ "American Expat Financial News Journal, US finally publishes final 2018 renunciation data", Helen Burggraf March 14th 2019.

¹¹² "Here's one reason why Americans abroad want to give up their citizenship", July 3rd 2019 Darla Mercado.

¹¹³ "Expat Tax Services, Trends in Expats Renouncing Citizenship: How Many Expats Renounce US Citizenship—& Why ?" November 12th 2019.

2909 personnes¹¹⁴, soit le chiffre trimestriel le plus élevé jamais enregistré, marquant ainsi une augmentation de 1 104 %¹¹⁵ par rapport aux trois derniers mois de 2019, (où 261 cas avaient été enregistrés).

Il est incontestable que le dispositif FATCA a largement contribué à la progression des demandes de renonciation à la citoyenneté américaine. Une progression qui se vérifie encore malgré une procédure de plus en plus complexe et des coûts de renonciation élevés.

2/ Complexité et coûts élevés de renonciation à la citoyenneté américaine

La procédure de renonciation à la citoyenneté américaine par un américain vivant à l'étranger impose dans un premier temps un entretien en personne à l'ambassade ou au consulat des États-Unis ; puis, dans un second temps, la signature d'un serment de renonciation. Divers documents officiels doivent être signés¹¹⁶, notamment une déclaration d'accord concernant les conséquences et les ramifications de l'abandon ou de la renonciation à la citoyenneté américaine.

Dans le cadre de la régularisation de leur situation, les « Américains accidentels » sont tenus de produire deux justificatifs¹¹⁷ : 1) le TIN, *tax identification number* (qui équivaut au numéro d'identification qu'utilise l'*Internal Revenue Service* et qui est délivré par la SSA - administration de la sécurité sociale - ou par l'IRS ; 2) le SSN, *social security number* (émis par l'administration de sécurité sociale) tandis que les autres TIN émanent de l'IRS.

La production de ces renseignements (SSN et TIN) peut se révéler laborieuse ; d'autant plus que le numéro SSN n'est obligatoire que depuis 1986 et que tous les citoyens accidentels n'en disposent pas¹¹⁸.

Outre la complexité de la procédure, la renonciation à la citoyenneté américaine engendre, comme il a été dit, des coûts élevés. En effet, les frais consulaires s'élèvent à 2350 dollars¹¹⁹ ; frais les plus élevés au monde en la matière¹²⁰. Ces frais

¹¹⁴ Expatriate, as Required by Section 6039G, A Notice by the Internal Revenue Service on 05/08/2020, <https://www.federalregister.gov/documents/2020/05/08/2020-09814/quarterly-publication-of-individuals-who-have-chosen-to-expatriate-as-required-by-section-6039g>.

¹¹⁵ "More American end US citizenship in 2020, 2,909 Americans who live overseas gave up citizenship in first 3 months of 2020", AA, May 12th, 2020.

¹¹⁶ Statement of Understanding concerning the consequences and ramifications of relinquishment or renunciation of US citizenship.

¹¹⁷ Official website of the United States Government, Internal Revenue Service, Taxpayer Identification Numbers.

¹¹⁸ « Banque en ligne : pourquoi les Américains accidentels ne peuvent pas y accéder », Marie-Eve Frénay, 3 mai 2018 ; Money Vox, interview de M. Fabien LEHAGRE, président de l'Association des Américains accidentels.

¹¹⁹ Site de l'Ambassade et consulats des États-Unis d'Amérique en France, citoyens américains, renonciation à la citoyenneté américaine.

qui étaient de 450 dollars avant 2014, au moment-même de la mise en place des accords intergouvernementaux, sont passés à 2 350 dollars, soit plus de vingt fois¹²¹ la moyenne des autres pays à revenu élevé.

M. Fabien Lehagre, président de l'association des Américains Accidentels, a adressé le 10 mars 2020, un courrier¹²² au Secrétaire d'État américain, lui demandant que son administration réduise les coûts afférents à la procédure de renonciation à la citoyenneté américaine, afin que les américains accidentels puissent plus facilement renoncer à une nationalité non-désirée. De son côté, la présidence du Conseil de l'Union européenne s'est saisie de la question en décembre 2019 dans un courrier¹²³ adressé au secrétaire au Trésor Steven Mnuchin sollicitant, également, une réduction des frais de renonciation à la citoyenneté américaine.

Par ailleurs, la renonciation à la citoyenneté américaine peut engendrer une taxe de sortie, dite *exit tax* ou *expatriation tax*¹²⁴. Cette taxe, introduite le 17 juin 2008 vise les américains renonçant à leur nationalité, mais également ceux qui ont un statut de résident permanent aux États-Unis et dont le revenu et le patrimoine sont significatifs. Le fait générateur de cette taxe est le changement de domicile en dehors des États-Unis.

Les contribuables américains qui rentrent dans une des catégories suivantes sont qualifiés de « *covered expatriate* », expatrié couvert. Cette taxe ne concerne que les contribuables américains dont le revenu net annuel moyen au cours des cinq années précédentes excède un certain montant, lequel s'élevait en 2019¹²⁵ à 168 000 dollars et possédant un patrimoine net de plus de 2 millions de dollars (total des actifs mondiaux) lors du départ du territoire américain. Étant toutefois précisé que cette taxe pourra s'appliquer quand bien même le patrimoine net serait inférieur à 2 millions de dollars (lorsque les obligations fiscales des cinq années précédentes n'ont pas été remplies).

Enfin, lorsque les informations exigées par le formulaire n'ont pas été transmises, ou sont incorrectes, une pénalité de 10 000 dollars pourra être appliquée, excepté dans

¹²⁰ American Expat Financial News Journal, US finally publishes final 2018 renunciation data, by Helen Burggraf, March 14th 2019.

¹²¹ U.S. Has world's highest fee to renounce citizenship, Forbes, Robert W. Wood Oct 23th 2015

¹²² https://twitter.com/USAccidental/status/1238084297493487616?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1238084297493487616%7Ctwgr%5E&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.internationalinvestment.net%2Fnews%2F4012853%2Faccidental-americans-us-cut-fees-renouncing-citizenship

¹²³ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15021-2019-INIT/en/pdf>.

¹²⁴ Les dispositions relatives à cette taxe se trouvent dans la section 877 et 877-A de l'IRC.

¹²⁵ Instructions for Form 8854, Department of the Treasury, Internal Revenue Service, <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/i8854.pdf>.

l'hypothèse où la non-transmission serait liée à un motif raisonnable, sous réserve que le contribuable n'ait pas été délibérément négligent¹²⁶.

Concernant le gain net qui doit être englobé dans le revenu brut, il est réduit d'un montant ajusté en tenant compte de l'inflation, et ne peut être inférieur à zéro. Ce montant était de 725 000 dollars¹²⁷ pour l'année 2019.

Par ailleurs, l'*expatriation tax* sur certains actifs peut faire l'objet d'une rémunération différée, notamment pour tout intérêt dans un régime de pension étranger ou un mécanisme ou programme de retraite semblable. L'IRC précise que pour tout élément de rémunération différée éligible, une taxe¹²⁸ de 30% s'appliquera relativement à la valeur actualisée du compte associé à ce produit au jour qui précède l'expatriation.

M. Fabien Lehagre, précisait à propos de l'ensemble des coûts inhérents à la renonciation à la citoyenneté américaine qu'entre : « *Impôts, honoraires d'avocats et procédure de renonciation, certains ont dû dépenser des sommes supérieures à 60 000 euros* »¹²⁹. Le premier ministre britannique Boris Johnson a lui aussi dû s'acquitter de taxes importantes lorsqu'il a pris la décision de renoncer à la nationalité américaine¹³⁰.

L'ensemble de ces démarches atteste clairement de la complexité de la procédure de renonciation et des coûts inhérents élevés. Pour autant, ces « obstacles » n'ont pas permis d'enrayer l'augmentation des demandes de renonciation comme en attestent les chiffres du premier trimestre 2020 qui affichent un montant record.

Section 2 : L'application des accords franco-américains vis-à-vis des « Américains accidentels »

L'accord de novembre 2013 se fonde sur l'article 27 de la convention fiscale franco-américaine du 31 août 1994 en matière d'impôts sur le revenu, relatif à l'échange de renseignements. Cette convention vise à protéger les ressortissants américains et français contre les phénomènes de double imposition (paragraphe 1). Toutefois ; des problèmes demeurent dès lors que les accords n'excluent pas totalement ce

¹²⁶ Instructions for Form 8854, Department of the Treasury, Internal Revenue Service, <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/i8854.pdf>.

¹²⁷ Instructions for Form 8854, Department of the Treasury, Internal Revenue Service, <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/i8854.pdf>.

¹²⁸ « Dans le cas de tout élément de rémunération différée admissible, le payeur déduit et retient sur tout paiement imposable versé à un expatrié couvert au titre de cet élément une taxe égale à 30 % de celui-ci », U.S. Code § 877A, (A), (1), (d) Tax responsibilities of expatriation, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/877A>.

¹²⁹ « La fin du cauchemar fiscal pour les « Américains accidentels » ? », 27/12/2017, La dépêche.fr.

¹³⁰ The Guardian, Boris Johnson among record number to renounce American citizenship in 2016, article amended on the 9th of February 2017 to clarify and correct details.

phénomène ; situation problématique pour les « Américains accidentels ». En outre, certains d'entre eux font face à des difficultés d'accès à leur compte (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les complexités inhérentes à la double imposition

Des accords franco-américains ont été conclus pour prévenir les risques de double imposition (1/). Cependant, des difficultés subsistent quant à la détermination des taxes éligibles au crédit d'impôt (2/).

1/ La double imposition appréhendée par la convention fiscale de 1994

Les conventions fiscales internationales ont pour objectif de prévenir les risques de double imposition. Celles-ci se sont développées dans les années 1920¹³¹ lorsqu'un comité d'experts de la Société Des Nations a été chargé d'élaborer des projets de conventions relativement à la double imposition et à l'évasion fiscale.

Ces conventions permettent aux États de s'accorder sur les modalités d'imposition de leurs ressortissants du fait des situations transnationales. Des démarches ont été entreprises dans ce sens par la France et les États-Unis dès 1978 afin de régir la répartition de la charge fiscale via des conventions, qui visent à protéger les ressortissants respectifs du phénomène de double imposition.

La France s'inscrit pour sa part dans une démarche de coopération avec les États-Unis concernant la fiscalité des personnes. Deux conventions fiscales régissent les relations franco-américaines.

La première, en date du 24 novembre 1978¹³², vise à éviter les phénomènes de double imposition et à prévenir les risques d'évasion fiscale relativement aux impôts sur les successions et les donations.

La seconde, du 31 août 1994¹³³, vise quant à elle à prévenir l'évasion et la fraude fiscales relativement aux impôts sur le revenu et sur la fortune ; elle tient compte des spécificités des législations applicables dans les deux pays. Cette convention a entériné le principe d'imposition des ressortissants américains, y compris des non-résidents.

¹³¹ Société des nations, Double imposition et évasion fiscale, rapport présenté par le Comité des Experts techniques sur la double imposition et l'évasion fiscale, Genève, avril 1927.

¹³² Convention du 24 novembre 1978 en matière d'impôts sur les successions et donations entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1980 et modifiée par l'avenant du 8 décembre 2004 mis en vigueur le 21 décembre 2006.

¹³³ Convention du 31 Août 1994 en matière d'impôts sur le revenu et la fortune entrée en vigueur le 30 décembre 1995, modifiée par l'avenant du 8 décembre 2004 mis en vigueur le 21 décembre 2006, ainsi que par l'avenant du 13 janvier 2009 entré en vigueur le 23 décembre 2009.

Sont concernés par ces deux conventions les résidents français ou américains. L'article 4 de la convention de 1994 précise ce qu'il faut entendre par « résident d'un État contractant ». Ces conventions devant permettre d'éliminer les doubles impositions (l'article 24 de la convention de 1994 contient à ce titre les dispositions relatives à l'élimination de la double imposition).

Demeurent toutefois des désaccords relativement aux taxes éligibles au crédit d'impôt.

2/ Les problématiques afférentes à la nature des taxes éligibles au crédit d'impôt

La nature des taxes éligibles au crédit d'impôt a été à l'origine de vives polémiques. Cela concerne notamment deux impositions : d'une part la contribution sociale généralisée (CSG) - imposition créée par la loi de finances pour 1991 afin de financer la protection sociale, en prélevant proportionnellement les revenus professionnels ou ceux du patrimoine du contribuable - et, d'autre part, la contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS) - destinée à compenser les déficits de la sécurité sociale.

La situation prévalant antérieurement au 13 juin 2019¹³⁴, était telle que ces deux impôts n'étaient pas reconnus par l'administration fiscale américaine comme entrant dans le champ d'application de la convention de 1994. L'outil permettant d'éviter la double imposition est le crédit d'impôt ; aux États-Unis, seul le montant de l'impôt réellement payé en France est pris en considération, pour autant, le fisc américain n'accordait pas de crédit d'impôt pour les paiements effectués au titre de la CSG et la CRDS en France.

Cette situation était préjudiciable pour les contribuables américains résidants en France dont une partie de l'impôt payé en France ne pouvait pas être déduite de la dette fiscale américaine dès lors que ces deux impositions n'étaient pas de même nature selon les pays. La CSG et la CRDS sont liées à un programme de sécurité sociale ce qui posait problème. Contrairement à la France qui les considère comme des impôts, l'administration fiscale américaine les considérait initialement comme des charges sociales.

¹³⁴ Document du 13 juin 2019 avec l'interprétation du Département d'État : https://www.philippe-derouin.com/wp-content/uploads/2015/12/Document_conjoint_13_juin_2019_avec_interpretation_officielle_du_Departement_d_Etat_du_30_mai_2019.pdf ; R. YUNG « La CSG et la CRDS sont désormais déductibles de l'impôt américain sur le revenu » : <https://www.richardyung.fr/francais-de-l-etranger/fiscalite-francais-hors-france/4901-la-csg-et-la-crds-sont-desormais-deductibles-de-l-impot-americain-sur-le-revenu.html>.

Un litige opposant Ory et Linda Eshel, deux contribuables américains vivant en France et assujettis à ces deux impôts auprès du fisc américain, a eu pour effet la reconnaissance de la CSG et de la CRDS comme des impôts. Les époux Eshel souhaitant bénéficier d'un crédit d'impôt conformément à l'article 24 de la convention fiscale franco-américaine de 1994¹³⁵.

Le fisc américain avait, dans un premier temps, obtenu gain de cause¹³⁶, mais la Cour d'appel du District de Columbia a, par un arrêt en date du 5 août 2016, annulé le jugement puis renvoyé le dossier devant le tribunal fiscal¹³⁷. Ce n'est qu'au mois de juin 2019 que le fisc américain a reconnu que la convention fiscale de 1994 n'avait pas été interprétée correctement.

L'administration fiscale américaine a enfin changé de position, ce qui signifie que désormais l'acquiescement par des citoyens américains résidents en France de la CSG et de la CRDS leur permet de bénéficier d'une réduction correspondante d'impôts aux États-Unis. Par ailleurs, il est prévu que les contribuables concernés par cette situation disposent d'un délai de dix années pour faire une demande de remboursement des sommes prélevées indument par le fisc américain. Le délai décennal débute au jour qui suit la date d'échéance de production de la déclaration de l'année où les impôts étrangers ont été réglés ou accumulés¹³⁸.

Une autre difficulté tient à la divergence de législation relativement à la plus-value immobilière de cession de la résidence principale. L'article 13¹³⁹ de la convention franco-américaine de 1994 dispose que les plus-values de cessions de biens immobiliers sont imposables dans le pays de situation de l'immeuble.

Toutefois, la plus-value de cession de la résidence principale étant imposable aux États-Unis - contrairement à la France qui l'exonère de tout impôt au titre des plus-values, dès lors l'exonération en France n'ouvrira pas droit à un crédit d'impôt aux États-Unis.

Le régime d'imposition immobilière français, très favorable, qui exonère la vente de la résidence principale de plus-value, incite à rechercher le prix le plus élevé

¹³⁵ Art. 24 de la convention franco-américaine du 31 août 1994 modifiée par les avenants du 8 décembre 2004 et du 13 janvier 2009, article relatif à l'élimination des doubles impositions, et ouvrant droit au bénéfice d'un crédit d'impôt.

¹³⁶ Eshel v Commissioner, 142 T.C. 197 (2014).

¹³⁷ Eshel v Commissioner, 831 F.3d 512 (D.C. Cir. 2016) ; Les Échos, *Impôts : première victoire pour les « Américains accidentels »*, 17 juin 2019 Ingrid Feuerstein ; « *Le fisc américain perd un premier combat face à la France* », Gilles Sengès, 26 juin 2019, L'Opinion. "U.S. Citizens in France Win 7-Year Fight with the IRS", Grégory VISCUSI, 17 juin 2019, Bloomberg.

¹³⁸ Site officiel IRS, Foreign Tax Credit, French CSG and CRDS.

¹³⁹ Art. 13 de la convention franco-américaine du 31 août 1994 modifiée par les avenants du 8 décembre 2004 et du 13 janvier 2009, article relatif aux gains en capital.

possible, contrairement aux États-Unis - ce qui, de fait, conduit le vendeur à ne pas rechercher une plus-value trop importante.

À la complexité inhérente à la double imposition et à la nature des taxes éligibles au crédit d'impôt à laquelle sont confrontés les binationaux franco-américains, s'ajoute la problématique de l'accessibilité au compte bancaire.

Paragraphe 2 : L'accessibilité au compte bancaire par les « Américains accidentels »

Certains binationaux franco-américains voient leurs relations avec leurs établissements bancaires compromises par la difficulté de devoir fournir des informations requises par le dispositif FATCA. L'entrée en vigueur de l'accord de 2013 a non seulement alourdi les obligations incombant à ces binationaux, mais a également suscité leur inquiétude quant à l'accès aux services bancaires et financiers (1/). Cette situation n'est pas propre à la France ; elle se constate à l'échelle mondiale (2/).

1/ La difficulté de fournir les informations demandées par le trésor américain

Les américains accidentels détenteurs de comptes doivent fournir à leurs établissements bancaires un certain nombre d'informations, notamment un numéro d'identification fiscale, le TIN (requis notamment dans le formulaire W9). Les banques ont l'obligation de collecter ce numéro afin d'éviter des pénalités significatives, à hauteur de 30% des flux financiers américains. Cependant, il ressort de nombreux témoignages qu'il est difficile, voire impossible, de se procurer le numéro de sécurité sociale (SSN) auprès des autorités américaines, sachant que ce numéro fait également office de numéro d'identification fiscale (TIN). De ce fait leurs banques se trouvent à leur tour dans l'impossibilité de transmettre ce numéro au Trésor américain.

Conscientes de ce problème, les autorités fiscales américaines ont accordé une dérogation aux établissements bancaires jusqu'au 31 décembre 2019 leur permettant de ne fournir que la date de naissance du titulaire du compte. Passé ce délai, les comptes de 40 000 « Américains accidentels » risquaient d'être clôturés. Le ministre de l'économie, M. Bruno Le Maire, a informé les banques que des échanges avec les responsables du Trésor américain ont permis d'obtenir de l'administration fiscale américaine de nouvelles consignes. C'est ainsi qu'il est prévu qu'à compter du 1^{er} janvier 2020 la non-transmission par les établissements bancaires de ce numéro ne constituera pas pour autant un manquement significatif de leur part. Les services fiscaux américains tiendront compte des circonstances particulières pour fournir le TIN et des efforts entrepris par les Institutions financières.

Le président de l'Association des « Américains accidentels » (AAA) s'est exprimé à ce sujet. Il considère qu'une « *solution pérenne doit être trouvée par la France* »¹⁴⁰.

Certains « Américains accidentels » se voient purement et simplement refuser l'ouverture de compte auprès d'établissements financiers en raison de leur nationalité. Le défenseur des droits a émis un avis¹⁴¹ le 23 mai 2018 (avis n°18-15) dans le cadre des travaux de la mission d'information de l'assemblée nationale relativement à l'assujettissement à la fiscalité américaine de français nés sur le sol américain. Il a révélé avoir reçu des réclamations de binationaux relativement à des refus d'ouverture de compte ou de souscription de produits financiers, mais également de clôtures de comptes en France. Il relevait, au regard du contexte, que les établissements financiers se sont permis d'adopter un comportement discriminatoire que sanctionne le Code pénal. En effet, l'article 225-1 dudit Code dispose : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, (...) de leur lieu de résidence (...), de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation* ». L'article L225-2 1° précise également que la discrimination telle que définie à l'article L225-1 envers une personne physique ou morale, est punie d'une peine de trois ans de prison et de 45 000 euros d'amende (pouvant atteindre 200 000 euros s'il est question d'une personne morale) dès lors qu'elle consiste : « *À refuser la fourniture d'un bien ou d'un service* ». Dans son avis, le Défenseur des droits ajoute que la mission d'information qualifie un tel comportement de la part de certains établissements bancaires de « *zèle discriminatoire* ».

Dans le contexte, de nombreux « Américains accidentels » ont ainsi déposé plainte au mois de mars 2019 auprès du procureur de la république de Paris, à l'encontre de banques en ligne pour « *refus d'ouverture de compte* » au seul motif qu'ils sont de nationalité américaine. (À titre d'exemple la banque Boursorama n'accepterait pas des clients présentant des indices d'américanité). Antoine Vey, représentant de l'AAA, explique : « On est clairement dans un système discriminatoire »¹⁴². Toutefois, cette plainte n'a pas donné lieu à une enquête du procureur¹⁴³.

Une plainte a par la suite été déposée, le 6 juillet 2020, devant le doyen des juges d'instruction au tribunal de Paris, par 278 « Américains accidentels » relativement aux refus constatés dans certaines banques en ligne, d'ouverture de compte. Maître Antoine Vey, leur avocat explique : « *On ne peut pas exclure sur un critère de*

¹⁴⁰ Américains accidentels : « *Le gouvernement rassure les banques françaises sur d'éventuelles sanctions* », Le Figaro, 31 décembre 2019.

¹⁴¹ Avis du défenseur des droits, Paris, le 23 mai 2018, avis n°18-15, dans le cadre des travaux de la mission d'information de l'Assemblée nationale relativement à l'assujettissement à la fiscalité américaine des Français nés sur aux États-Unis.

¹⁴² 306 « *Américains accidentels* » portent plainte contre des banques françaises, RTL, 27 mars 2019.

¹⁴³ « *Empêchés d'ouvrir des comptes bancaires en ligne, des « Américains accidentels » portent plainte* », Le Figaro, 6 juillet 2020.

nationalité, juste parce que cela coûte de l'argent. C'est clairement discriminatoire et on s'étonne de la passivité des banques. J'ai l'impression que le parquet n'a pas saisi l'importance du dossier qui concerne presque 10.000 personnes sur le territoire »¹⁴⁴.

Les « Américains accidentels » font donc l'objet de pratiques discriminatoires avérées, du seul fait de leur nationalité. M. Joël Giraud, rapporteur général, soulevait que ce comportement des établissements bancaires « *contredit le droit au compte institué en 1984* » permettant de saisir la Banque de France en cas de refus d'ouverture de compte. En effet, la loi n° 84-46 en date du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit reconnaît le droit au compte bancaire. L'alinéa premier de l'article L312-1 du Code monétaire et financier dispose que toute personne physique ou morale domiciliée en France « *a le droit à l'ouverture d'un compte de dépôt dans l'établissement de crédit de son choix, sous réserve d'être dépourvu d'un tel compte en France* ».

Précisons qu'en ce qui concerne la possibilité de saisir la Banque de France, elle n'est possible que pour les personnes qui ne possèdent aucun compte de dépôt.

L'attitude des établissements financiers peut s'expliquer, en partie, par le risque de se voir infliger de lourdes pénalités financières. Pour éviter ce risque certains établissements préfèrent ne pas accepter de nouveaux clients franco-américains.

Par le biais du FATCA et de l'imposition sur le critère de la citoyenneté, les États-Unis sont très astucieusement passés d'une pratique nationale légitime à un dispositif offensif visant in fine à rapatrier les capitaux des *U.S. persons*. Celles-ci sont en réalité « incitées » à rapatrier leurs actifs dans des institutions américaines.

Les relations compromises avec les établissements bancaires ne sont pas un phénomène propre à la France, en effet celui-ci se constate à l'échelle mondiale.

2/ Une problématique constatée à l'échelle mondiale

Le dispositif FATCA fait peser sur les binationaux ainsi que sur les institutions financières étrangères de lourdes charges afin de se mettre en conformité avec les exigences du trésor américain. Nous l'avons dit, certains établissements préfèrent ne plus accepter de clients américains¹⁴⁵.

Cette problématique, des plus sérieuses, concerne de nombreux américains vivant en dehors des États-Unis et qui sont dans l'impossibilité d'avoir recours à des

¹⁴⁴ « *Les Américains accidentels s'attaquent aux banques qui leur refusent un compte* », Capital, 6 juillet 2020.

¹⁴⁵ « *Why U.S. Accounts of Americans Abroad are being closed* », Thun Financial advisors Research, 2020.

services bancaires locaux. Les obligations pesant sur les « Américains accidentels » concernent l'ensemble des États qui ont signé des accords intergouvernementaux avec les États-Unis. Selon les chiffres, issus d'une enquête réalisée en 2016, il y aurait 291 638 US persons, dont 110 995 ne possèderaient pas l'identifiant fiscal américain, soit 38,06%¹⁴⁶.

Un questionnaire¹⁴⁷ de 2018, transmis aux correspondants du Trésor auprès de plusieurs ambassades pointait du doigt les difficultés d'ouverture de compte pour les « Américains accidentels » en Allemagne, au Canada, aux Pays-Bas ainsi qu'au Royaume-Uni. Certaines banques néerlandaises¹⁴⁸ auraient d'ailleurs récemment gelé des comptes « d'Américains accidentels » qui n'avaient pas été en mesure de leur fournir le TIN exigé par la législation américaine.

Le parlement européen a adopté le 5 juillet 2018 une résolution¹⁴⁹ sur les effets néfastes de la loi FATCA sur les citoyens de l'Union européenne, en particulier les « Américains accidentels », dans laquelle il est établi que la mise en application des accords FATCA impliquait pour les personnes entrant dans le champ d'application de « personnes américaines » des restrictions d'accès aux services bancaires de l'Union. La résolution ajoute que ces accords ont eu pour conséquence d'empêcher les citoyens américains et des « personnes américaines » d'accéder aux services financiers dans l'Union.

Les problématiques auxquelles sont confrontés les « Américains accidentels » résultent clairement, pour partie, de la législation FATCA, mais pas seulement. Aussi, pour résoudre les difficultés qu'ils rencontrent en matière d'octroi de la nationalité et d'imposition (de nombreuses problématiques trouvent en effet leur origine dans le principe dit de *citizenship based taxation*) une modification de la législation américaine s'impose ; aucune intervention des autres pays ne permettant de modifier ces principes.

Les effets néfastes du dispositif FATCA ne se limitent pas aux « Américains accidentels ». En effet, le FATCA s'apparente à une nouvelle offensive de l'impérialisme américain, qu'il convient de contrer par la mise en place de moyens de défense au niveau national et européen.

¹⁴⁶ Rapport d'information n°1945, relatif à l'assujettissement à la fiscalité américaine des Français nés aux États-Unis, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 15 mai 2019, p. 57.

¹⁴⁷ Questionnaire transmis aux correspondants du Trésor auprès des ambassades concernées (été 2018) : Annexe 2 du rapport de mai 2019.

¹⁴⁸ International Investment, Dutch banks are freezing accounts under FATCA, 9th January 2020.

¹⁴⁹ Résolution du Parlement européen du 5 juillet 2018 sur les effets néfastes de la loi des États-Unis relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (FATCA) sur les citoyens de l'Union européenne, et en particulier les «Américains accidentels» (2018/2646(RSP)).

Chapitre 2 : FATCA : véhicule de l'impérialisme américain et moyens de défense au niveau national et européen.

Lors de l'examen du projet de loi permettant l'approbation de l'accord franco-américain de 2013, M. Philippe Marini, président de la commission des Finances du Sénat de l'époque, s'interrogeait déjà sur la question de savoir si la législation FATCA n'était pas en réalité un « *nouvel exemple de l'impérialisme juridique des États-Unis* »¹⁵⁰ ; interrogation d'autant plus légitime que cette législation s'apparente à une nouvelle ingérence des États-Unis (section 1). Il est essentiel d'élaborer des dispositions afin de contrer les dérives de cette législation (section 2).

Section 1 : L'ingérence du droit américain à travers la législation FATCA

Bien que le FATCA soit officiellement destiné à lutter contre la fraude et l'évasion fiscales des citoyens américains, l'ingérence américaine eu égard à la protection des données à caractère personnel - transmises par les institutions financières au Trésor américain - reste controversée (paragraphe 1). De surcroît, le dispositif FATCA illustre l'utilisation du droit par les États-Unis comme un instrument de puissance économique (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La protection des données à caractère personnel transmises aux États-Unis

La CNIL et le Conseil d'État se sont exprimés relativement à la protection des données à caractère personnel transmises dans le cadre de la loi FATCA (1/); la compatibilité avec la législation européenne pourrait quant à elle s'avérer plus nuancée (2/).

1/ Le positionnement de la CNIL et du Conseil d'État

La Commission nationale de l'informatique et des libertés « CNIL » a été saisie le 26 juin 2015 (au titre du 2° de l'article 69 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée permettant aux personnes en charge du traitement d'utiliser le principe de sauvegarde de l'intérêt public pour communiquer des données personnelles vers un État n'offrant pas une sécurité adéquate conformément à l'article 68) relativement au traitement des données personnelles destinées à être transmises à l'administration fiscale américaine, ainsi qu'au sujet de la réception par l'administration fiscale française des données transmises par l'administration fiscale américaine.

¹⁵⁰ Compte rendu analytique officiel du 22 juillet 2014, Sénat, passage de M. Philippe Marini.

La CNIL, dans une délibération¹⁵¹ n°2015-311 en date du 17 septembre 2015, a autorisé l'échange des données personnelles entre les deux pays dans le cadre de l'accord FATCA. Elle a précisé que la mise en application de l'échange respecte « *la confidentialité et l'intégrité des données transmises* ». Mais bien que la CNIL ait autorisé l'échange des données, elle ne permet pas pour autant de se substituer au droit national en ce qui concerne la protection des données personnelles.

L'assemblée du Conseil d'État¹⁵² s'est également exprimée au regard du traitement des données à caractère personnel dans une décision du 19 juillet 2019, rejetant le recours de l'Association des Américains Accidentels concernant une demande d'annulation du refus d'abroger un acte réglementaire (transposant l'accord intergouvernemental franco-américain du 14 novembre 2013 visant à appliquer sur le territoire national le dispositif américain FATCA) considérant que « *le juge de l'excès de pouvoir est conduit à apprécier la légalité de l'acte réglementaire dont l'abrogation a été demandée au regard des règles applicables à la date de sa décision* ».

Dans sa décision, le Conseil d'État s'est exprimé au sujet de l'utilisation des données à caractère personnel afin de déterminer si l'accord intergouvernemental de 2013 est conforme au règlement 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques, au traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ; abrogeant la directive 95/46/CE. En cas de non-conformité, il faudrait examiner si l'accord était conforme au droit européen tel qu'applicable avant la signature du RGPD. Le Conseil d'État considérant que le traitement des données répond à des finalités légitimes : « *prévoit des modalités de choix, de collecte et de traitement des données adéquates et proportionnées à cette finalité* ». Le Conseil d'État ajoutant - comme le rappelle la CNIL - que les informations collectées et transmises ne peuvent être exploitées qu'à des fins fiscales, et doivent par ailleurs être limitées et proportionnées.

D'autre part, les administrations américaines quant à elles sont tenues de garantir le respect du principe de confidentialité et de transparence dans le cadre du traitement des données personnelles transmises. Le Conseil d'État en conclut que la méconnaissance du RGPD doit ainsi être écartée compte tenu des précautions dans le traitement desdites données prévu dans l'accord intergouvernemental de 2013, ainsi que par les garanties prévues par le droit américain à ce sujet.

¹⁵¹ Délibération n° 2015-311 du 17 septembre 2015 autorisant le ministère des finances et des comptes publics à mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalité le transfert vers l'Internal Revenue Service (IRS) des données collectées et stockées en application de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (demande d'autorisation n°1855730).

¹⁵² CE, Assemblée, 19 juillet 2019, Association des Américains accidentels, req. n°424216.

L'Association des Américains accidentels a déposé plainte¹⁵³ le 3 octobre 2019 contre la France auprès de la Commission européenne, relativement à l'accord intergouvernemental de 2013 (permettant l'application de la législation américaine FATCA au niveau national). L'association avançant que l'accord violerait le règlement de 2016 sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, en autorisant la communication au fisc américain des données personnelles, ainsi que leur stockage.

En outre, l'Association souligne que la procédure de communication des données ferait abstraction du lien - particulièrement ténu pour certains - des « Américains accidentels » avec les États-Unis. La Commission européenne devrait se prononcer prochainement compte-tenu du délai imparti de 12 mois dont elle dispose.

2/ La transmission des données et l'adéquation avec le droit de l'Union

Afin de garantir l'efficacité de la législation FATCA, plus d'une centaine de pays ont conclu des accords intergouvernementaux avec les États-Unis. Ces accords étaient nécessaires pour répondre aux problématiques auxquelles étaient confrontés les pays partenaires desdits accords dans la mise en conformité avec le dispositif FATCA, sans enfreindre leurs lois nationales. Pour autant, au-delà des législations nationales, c'est la législation européenne elle-même qui s'est ensuite retrouvée en difficulté au regard du dispositif FATCA.

L'article 16¹⁵⁴ du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) consacre le droit à la protection des données personnelles.

Ce droit est également consacré dans le second paragraphe de l'article premier¹⁵⁵ du RGPD qui dispose que sont protégées par le règlement « *les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, et en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel* ». L'article suivant porte sur le champ d'application matériel du règlement et recouvre aussi les données transmises dans le cadre de la législation FATCA. L'article 5 pose quant à lui les principes concernant le traitement de ces données qui doivent être, notamment, traitées de manière « *licite,*

¹⁵³ « *Les Américains accidentels attaquent la France à Bruxelles* », 03/10/2019, Capital.

¹⁵⁴ « *Art. 16 du RGPD* :

1. *Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.*
2. *Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire, fixent les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que par les États membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du droit de l'Union, et à la libre circulation de ces données. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'autorités indépendantes ».*

¹⁵⁵ 2. de l'art. premier du RGPD - objet et objectifs (Chapitre I - Dispositions générales).

loyale, et transparente au regard de la personne concernée »¹⁵⁶, et « collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes »¹⁵⁷.

Le RGPD prévoit également que le traitement des données est licite dès lors qu'il est nécessaire à « *l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relève de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement* »¹⁵⁸. Le traitement est également licite dès lors que le responsable du traitement des données ou un tiers poursuit un intérêt légitime.

Des limitations relativement au droit de la protection des données sont toutefois prévues par le texte. En effet, l'article 23¹⁵⁹ du RGPD prévoit que l'étendue des obligations et droits consacrés par le règlement peuvent être limités dès lors que la limitation est nécessaire et proportionnée. Une étude effectuée en mai 2018 pour le département thématique des droits et des citoyens et des affaires constitutionnelles du Parlement européen, à la demande de la commission des pétitions, s'est penchée sur le dispositif FATCA et sur sa mise en œuvre à l'échelon européen et international. Elle relevait à cet égard que les limitations relatives au droit de la protection des données à caractère personnel via les IGAs n'apparaissent ni nécessaires ni proportionnées dès lors que les obligations ne sont pas limitées aux personnes sur lesquelles plane un doute de fraude fiscale¹⁶⁰.

Quant à la question de savoir si la transmission des informations fiscales était nécessaire pour motifs sérieux et d'intérêt public - la protection contre la fraude fiscale - l'étude met en évidence que c'est en effet le cas en ce qui concerne les intérêts américains mais nullement en ce qui concerne ceux de l'Union européenne. L'étude conclut qu'une modification des accords intergouvernementaux s'impose pour garantir une réciprocité complète dans l'échange d'informations fiscales¹⁶¹.

Une autre problématique concerne le droit de rectification des données personnelles transmises dans le cadre de cette loi - données pouvant contenir potentiellement des erreurs. En effet, le RGPD prévoit en son article 16 un droit de rectification de ce type de données. Actuellement, seules les autorités fiscales des pays partenaires des IGAs jouissent de ce droit de rectification. Or, selon l'étude, il faudrait que les clients des institutions financières européennes visées puissent également avoir un

¹⁵⁶ 1. a) de l'art. 5 du RGPD.

¹⁵⁷ 1. b) de l'art. 5 du RGPD.

¹⁵⁸ 1. e) de l'art. 6 du RGPD.

¹⁵⁹ 1. de l'art. 23 du RGPD.

¹⁶⁰ Étude effectuée pour le département thématique des droits et des citoyens et des affaires constitutionnelles du Parlement européen, à la demande de la commission des pétitions, mai 2018, p. 34.

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604967/IPOL_STU\(2018\)604967_FR.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604967/IPOL_STU(2018)604967_FR.pdf).

¹⁶¹ Étude à la demande de la commission des pétitions, mai 2018 : p. 42.

droit d'accès et de correction des informations personnelles qui sont produites - ce qui n'est pas le cas¹⁶², sauf à engager une procédure complexe et onéreuse.

Un nombre important de données sont transmises au fisc américain conformément aux accords intergouvernementaux, augmentant ainsi le risque que des erreurs soient commises, tant par les autorités fiscales américaines que par les institutions financières européennes - qui pourraient notamment être négligentes dans la transmission desdites données - au préjudice des contribuables américains. La cour d'appel de Grenoble s'est prononcée, dans un arrêt¹⁶³, en date du 12 mars 2019, au sujet de l'effacement de données d'un client de la Banque Rhône Alpes à propos de données indûment transmises aux autorités fiscales américaines, confirmant que l'ensemble des données personnelles dudit client, figurant à tort dans un traitement conformément à la législation américaine FATCA, devaient être effacées. La banque ayant ainsi causé un trouble manifestement illicite à son client, né à Ottawa et par conséquent non soumis au dispositif FATCA. Cet arrêt met en lumière l'importance de bien encadrer les données à caractère personnel transmises aux autorités américaines ainsi que les exigences nécessaires à l'égard des établissements bancaires qui sont à l'origine du transfert de ces données. La responsabilité des établissements bancaires pouvant être engagée en cas de négligences, notamment pour cause de non-conformité au RGPD.

Concernant les « Américains accidentels », l'étude rappelle que le traitement de leurs données doit bénéficier de la protection prévue par le RGPD et doit pareillement être protégé à l'échelle européenne au titre des droits fondamentaux. Or, le dispositif FATCA pose problème au regard du droit découlant de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. L'étude relève ainsi que les « Américains accidentels » pourraient parfaitement faire valoir deux dispositions découlant de la CEDH, à savoir : l'article 8 de la CEDH concernant la protection de la vie privée et familiale ; ainsi que l'article 14 relatif à la lutte contre la discrimination.

En effet, la protection des données personnelles est prévue au titre de l'article 8 de la CEDH. Quant aux données fiscales, la Cour Européenne des Droits de l'Homme s'est prononcée sur la transmission de ce type de données dans un arrêt G. S. B. contre la Suisse¹⁶⁴, dans lequel elle a considéré que la transmission d'informations purement fiscales n'enfreint pas l'article 8 relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, ne s'agissant de données qui ne sont ni intimes ni liées à l'identité du requérant. Toutefois, pour ce qui concerne le dispositif FATCA il « *existe de sérieux doutes quant à la conformité de la législation américaine aux exigences de cet article* »¹⁶⁵.

¹⁶² Étude à la demande de la commission des pétitions, mai 2018 : p. 37.

¹⁶³ CA de Grenoble, 12 mars 2019, n°18/03325.

¹⁶⁴ G.S.B. c. Suisse - 28601/11 Arrêt du 22 décembre 2015 [Section III].

¹⁶⁵ Régis BISMUTH, *L'extraterritorialité du FATCA et le problème des « américains accidentels »*, Revue trimestrielle, LexisNexis, Octobre-Novembre-Décembre 2017, p.1253.

Quant à l'article 14 de la CEDH, celui-ci pourrait s'appliquer en raison du refus de certains établissements financiers à prendre des clients présentant des indices d'américanité. Au surplus, la violation de l'article 14 pourrait, à titre d'exemple, être caractérisée compte-tenu de l'incapacité de faire bénéficier son conjoint américain d'une assurance vie.¹⁶⁶

Il convient désormais d'analyser plus en profondeur la stratégie américaine consistant à utiliser des instruments juridiques dans la poursuite de leurs intérêts économiques.

Paragraphe 2 : FATCA, illustration de l'utilisation du droit comme instrument de puissance économique

Depuis le début du XXIème siècle, les États-Unis n'ont cessé d'enrichir leur politique extérieure d'outils juridiques « ciblés » dans la perspective de défendre leurs intérêts sur tous les plans, tant stratégiques, qu'économiques, à travers le monde ; dans cet optique ils sont passés de la Soft Law à la Hard Law (1/). Les intérêts en jeu sont d'une telle ampleur qu'ils suscitent des préoccupations à l'échelle mondiale (2/).

1/ L'affranchissement du modèle de Soft Law et le passage à la Hard Law

Les États-Unis ont ainsi délaissé la Soft Law - un système économique et juridique non contraignant – au bénéfice de la Hard Law - un système contraignant. Changement particulièrement notable depuis la fin de la crise financière de 2008.

Les États-Unis qui cherchent en priorité à accroître leur puissance économique, utilisent le droit à cette fin. Les champs dans lesquels s'exerce l'extraterritorialité s'élargissent au fil des années, sous couvert de la lutte contre le blanchiment, la corruption, le crime international, ou l'évasion fiscale. Cette démarche « vertueuse » en apparence leur permet de justifier plus aisément le recours à l'extraterritorialité, pour atteindre l'objectif fixé.

Pour ce faire les États-Unis ont adopté des lois à vocation extraterritoriale dans divers domaines tels que la corruption d'agents publics étrangers, en utilisant le FCPA. Ils ont d'autre part instauré des embargos assortis de sanctions internationales pouvant être significatives.

Sur le fondement du FCPA, plusieurs pénalités ont déjà été prononcées. Comme le révèle le rapport d'information - enregistré à la présidence de l'assemblée nationale,

¹⁶⁶ Régis BISMUTH, *L'extraterritorialité du FATCA et le problème des « américains accidentels »*, Revue trimestrielle, LexisNexis, Octobre-Novembre-Décembre 2017, p. 1255.

du 5 octobre 2016 - sur l'extraterritorialité de la législation américaine depuis 2008, les entreprises européennes se sont acquittées de près de 6 milliards de dollars de pénalités aux États-Unis pour violation de la FCPA¹⁶⁷. On note également que l'essentiel des poursuites initiées par le DOJ est réglé par la voie transactionnelle et non judiciaire.

À titre d'exemple : la procédure ouverte par le gouvernement américain contre la société Alstom, sur le fondement de la législation anticorruption américaine FCPA. Ce texte, rappelons-le, lui permet d'appliquer le droit américain aux personnes ou entreprises étrangères dès lors qu'existe un lien avec les États-Unis, quand bien même ce lien serait infime. C'est ainsi qu'ils peuvent enquêter sur des faits de corruption dès lors qu'ils concernent une société cotée à la Bourse américaine, des citoyens ou résidents américains (la société Alstom était cotée en Bourse aux États-Unis jusqu'en 2004).

Une enquête avait été ouverte en 2010¹⁶⁸ pour des faits de corruption généralisée concernant des pots-de-vin qui auraient été versés des années auparavant par la société Alstom afin d'obtenir des contrats en Indonésie, en Égypte, et en Arabie Saoudite, notamment. Rappel des faits : en 2013, M. Frédéric Pierucci, CEO de la division chaudières du groupe ALSTOM, est arrêté à l'aéroport de New-York et incarcéré pendant deux ans pour des faits de corruption, reconnus par son entreprise dans 5 pays ; or, les États-Unis ne font pas partie de ces cinq pays. Comme il l'indique dans son ouvrage, il aurait été « *l'otage d'une incroyable opération de déstabilisation économique* »¹⁶⁹. Selon lui, la volonté de départ était que la société Alstom soit vendue à General Electric¹⁷⁰. Dès novembre 2014, le ministre de l'économie de l'époque, Emmanuel Macron, autorisait la vente de la branche énergie dite Alstom Power à General Electric¹⁷¹, qu'il présentait comme une alliance. Le 19 décembre 2014, cette branche était donc rachetée par General Electric - vente qui fera débat.

La société Alstom décida en décembre de conclure un accord avec le DOJ - département de la justice américain - contre l'abandon des poursuites en

¹⁶⁷ Rapport d'information déposé par la commission des affaires étrangères et la commission des finances en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 3 février 2016 sur l'extraterritorialité de la législation américaine, enregistré à la présidence de l'assemblée nationale le 5 octobre 2016, p. 28.

¹⁶⁸ Rapport au nom de la commission d'enquête (1) *chargée d'examiner les décisions de l'État en matière de politique industrielle, au regard des fusions d'entreprises intervenues récemment, notamment dans les cas d'Alstom, d'Alcatel et de STX, ainsi que les moyens susceptibles de protéger nos fleurons industriels nationaux dans un contexte commercial mondialisé*, p. 13.

¹⁶⁹ Frédéric PIERUCCI avec Matthieu ARON, « Le Piège Américain, L'otage de la plus grande entreprise de déstabilisation économique témoigne » JC Lattès.

¹⁷⁰ « *Sous couvert de lutte contre le terrorisme, l'extraterritorialité du droit américain est une arme économique* », Le Monde, Stéphane Lauer, 30 décembre 2019.

¹⁷¹ « *Emmanuel Macron et Alstom, une longue histoire* », Le Monde, 27 septembre 2017.

contrepartie d'une amende de 772 millions de dollars¹⁷². Précisions à propos de cette amende : au moment des négociations, General Electric devait prendre en charge le paiement de l'amende de 772 millions de dollars, alors qu'au final c'est bien Alstom qui a dû s'en acquitter.

De nombreuses questions demeurent relativement à la vente de la branche énergie. Certaines personnes pensent qu'il pourrait y avoir un lien entre la vente de la branche énergie et les négociations avec la justice américaine à propos des affaires de corruption. Cette hypothèse est confortée par le fait que l'amende a été prononcée seulement trois jours après que l'Assemblée Générale des actionnaires ait donné son accord pour la vente à General Electric. Les parties se seraient concertées. Pour autant, le DOJ n'a pas fait état d'un lien quelconque entre les procédures pour corruption contre Alstom et le rachat par General Electric. À la lumière de l'affaire Alstom, notamment, on voit combien la portée extraterritoriale de ces lois représente un puissant levier dans la guerre économique que mènent les États-Unis à travers le monde. Érigé en véritable système, le dispositif américain - dont l'affaire Alstom est emblématique - n'est pas un cas isolé. C'est ainsi que nombre d'entreprises françaises ont été ciblées par la justice américaine et poursuivies dans le cadre de l'extraterritorialité du droit américain, dans des dossiers de corruption ou de contournement d'embargos.

Tel est le cas de la banque BNP PARIBAS qui en 2014 acceptera de payer une amende¹⁷³ de 8,9 milliards de dollars pour éviter des poursuites judiciaires, au motif qu'elle aurait contourné plusieurs embargos américains contre Cuba, l'Iran, la Libye, et le Soudan. Le rattachement territorial a été caractérisé par la conclusion de transactions en dollars ; ce seul motif étant suffisant pour justifier la poursuite de la banque. Ce cas est révélateur de l'efficacité du système économique, financier et juridique des États-Unis.

Quant aux sanctions économiques, examinons une affaire née du conflit entre les États-Unis et l'Iran : le 8 mai 2018 le Président des États-Unis, M. Donald Trump décide de se désengager unilatéralement de l'accord de Vienne sur le nucléaire iranien¹⁷⁴. Il annonce qu'il signera un mémorandum présidentiel afin de rétablir les sanctions américaines contre le régime iranien.

¹⁷² Alstom Pleads Guilty and Agrees to Pay \$772 Million Criminal Penalty to Resolve Foreign Bribery Charges, Largest-ever foreign bribery resolution with the Department of Justice, 22th December 2014, The United States Department of Justice ; Chloé Aeberhardt et Marie-Béatrice Baudet, « *Affaire Alstom saison 2* », Le Monde, Horizons, Mercredi 16 janvier 2019.

¹⁷³ "BNP Paribas Agrees to Plead Guilty and to Pay \$8.9 Billion for Illegally Processing Financial Transactions for Countries Subject to U.S. Economic Sanctions, Department of Justice", Office of Public Affairs, June 30th 2014.

¹⁷⁴ Cet accord conclu en juillet 2015 entre l'Iran et les États-Unis avec certaines grandes puissances de la communauté internationale à savoir l'Allemagne, la Chine, la France, le Royaume-Uni et la Russie, était destiné à limiter le programme nucléaire iranien en contrepartie d'une levée des sanctions économiques internationales.

Face à la pression américaine, des entreprises qui entretenaient des relations commerciales avec l'Iran, à l'instar de Total, Engie ou PSA, décident de suspendre leurs activités dans le pays¹⁷⁵. Air France, de son côté fermera, dès septembre 2018 sa desserte de Téhéran, rouverte en avril 2016. L'exemple iranien illustre parfaitement la dépendance des entreprises étrangères du marché américain, dès lors qu'elles ne peuvent se permettre d'y renoncer. La portée extraterritoriale est à l'évidence une arme économique redoutable et démontre la toute-puissance que l'impérialisme économique américain exerce sur les entreprises multinationales qui n'ont d'autre option que de s'incliner.

Le FATCA est un cheval de Troie supplémentaire de l'impérialisme économique et juridique américain.

2/ Les préoccupations et les enjeux à l'échelle mondiale

L'extraterritorialité du droit américain préoccupe désormais nombre de pays et d'entreprises étrangères - ces dernières risquant de lourdes pénalités pouvant aller jusqu'à la perte du marché américain. L'adoption de ces législations a impacté directement le commerce international ; de nombreux enjeux en découlent.

Un exemple récent illustre cette préoccupation : le projet Nord Stream 2. Il s'agit d'un gazoduc russe destiné à approvisionner l'Europe, reliant la Russie à l'Allemagne. Le projet est porté par la compagnie Gazprom et cofinancé par cinq entreprises du domaine de l'énergie européen dont l'entreprise française Engie. Les travaux sont terminés à 94%¹⁷⁶. Les américains qui ambitionnent de vendre leur gaz de schiste - plus cher que le gaz russe – voient ce projet d'un mauvais œil. Au prétexte que le gazoduc créerait une dépendance de l'Europe de l'Ouest au gaz russe, ils ont voté en décembre 2019 une loi dénommée « *Protecting Europe's Energy Security Act* »¹⁷⁷. Les américains ont menacé les entreprises participant à cette réalisation de sanctions sévères. Cette ingérence des États-Unis porte atteinte à la souveraineté des pays européens concernés.

Un courrier du 5 août 2020, signé par trois sénateurs républicains américains, Tom Cotton, Ron Johnson et Ted Cruz, adressé au dirigeant de la société du port de Sassnitz ainsi qu'au maire, les menace de sanctions dévastatrices s'ils poursuivent le projet, « *crushing legal and economic sanctions* »¹⁷⁸.

¹⁷⁵ « *Engie stoppe ses activités en Iran pour éviter les sanctions américaines* », L'Opinion, 20 mai 2018.

¹⁷⁶ « *L'Europe prise en étau dans la bataille du gaz entre la Russie et les Etats-Unis* », Le Monde, 13 juillet 2020.

¹⁷⁷ <https://www.cruz.senate.gov/files/documents/Bills/2020.06.04%20-%20Protecting%20Europe's%20Energy%20Security%20Clarification%20Act%20of%202020.pdf>.

¹⁷⁸ "US senators' letter on Nord Stream 2 sparks outrage in Germany", Financial Times, August 19th 2020.

Face aux sanctions extraterritoriales unilatérales imposées par les États-Unis et dirigées contre les entreprises travaillant sur le projet, la commission des affaires européennes du Sénat a adopté une proposition de résolution le 16 juillet 2020¹⁷⁹.

Les entreprises européennes sont de plus en plus exposées à la montée en puissance de l'extraterritorialité américaine. Se trouvant démunies et en position de faiblesse face aux risques des sanctions unilatérales américaines, elles n'ont d'autres alternatives que de se soumettre et de coopérer. Le dispositif mis en place par l'Amérique est contraignant. En effet, tout lien de rattachement avec les États-Unis d'une entreprise non-américaine à l'étranger - aussi insignifiant soit-il - suffit à déclencher l'application du droit américain. La seule utilisation du dollar répond au critère de rattachement, or il convient de souligner l'importance du dollar dans les transactions internationales. Près de 90% de celles-ci sont opérées dans la devise américaine ; une réalité qui le rend incontournable. Ce d'autant que la plupart des pays considèrent plus pratique et moins onéreux de l'utiliser plutôt que d'autres devises. Cet avantage est déterminant dans les guerres commerciales que livrent les États-Unis aux différents pays de la planète. En outre, le simple fait d'utiliser des outils électroniques - indispensables aujourd'hui - fabriqués ou hébergés aux États-Unis est suffisant pour répondre au critère de rattachement. C'est dire la quasi-impossibilité d'échapper à ce dispositif particulièrement sophistiqué, celui-ci s'appliquant quel que soit le lieu géographique. Un lien de rattachement tellement infime que la légitimité des poursuites doit interpeller et questionner.

L'application de l'extraterritorialité des législations américaines pourrait s'admettre s'il s'agissait simplement de défendre des valeurs partagées par l'ensemble des pays. Son application ne doit pas être abusive ni servir de prétexte permettant d'asseoir en réalité une politique étrangère et économique des plus offensives. On constate nombre de dérives américaines - comme nous l'avons vu à travers l'arbitraire des mesures d'embargos mises en place à l'encontre des pays « récalcitrants ». La menace d'embargo est en réalité une arme de dissuasion qui fonctionne grâce à un système de rétorsion qui a fait ses preuves, au seul bénéfice de la superpuissance économique américaine.

Les entreprises multinationales qui ne respecteraient pas les règles de l'*Office of Foreign Assets Control* (OFAC) s'exposeraient à de lourdes sanctions. L'OFAC, organisme de contrôle financier qui dépend du Trésor américain, peut poursuivre les entreprises pour violation des embargos sur la base de critères à géométrie variable, dont celui de la nationalité. Les sanctions s'appliquant aux personnes américaines sont définies dans un spectre très large ; notamment en ce qui concerne les entités américaines, leurs filiales et les succursales étrangères. Cet organisme fait une interprétation très élastique des critères de rattachement dans le but bien compris

¹⁷⁹ « Sanctions extraterritoriales des États-Unis contre le gazoduc Nord Stream 2 : indignation au Sénat », 17 juillet 2020 : <https://www.senat.fr/presse/cp20200717b.html>.

d'élargir son pouvoir extraterritorial. C'est ainsi que l'OFAC a pénalisé en juin 2012 la banque néerlandaise ING à hauteur de 619 millions de dollars¹⁸⁰ et la BNP à hauteur de 8,9 milliards de dollars. Aussi, par crainte de pénalités démesurées - à venir ou hypothétiques - certaines entreprises vont jusqu'à refuser des transactions ; même autorisées. Outre le risque juridique, celui d'atteinte à la réputation aux États-Unis doit être pris en compte avec le plus grand sérieux.

Pour promouvoir et sauvegarder ses intérêts économiques dans le monde, l'Amérique a mis au point des dispositifs redoutables d'efficacité, dont le FCPA est l'un des exemples type. Le 1^{er} novembre 2018, M. Jeff Sessions - ministre de la justice américain de l'époque a fait savoir qu'une *China Initiative*¹⁸¹ allait être lancée afin de répertorier en particulier les entreprises chinoises qui seraient en concurrence avec des entreprises américaines par le biais du FCPA, qui devient un levier dans les négociations internationales.

La législation FATCA complète ainsi un arsenal législatif américain des plus offensif. On y retrouve la même idée quant à l'obligation de coopérer et au pouvoir de dissuasion économique américain. Les institutions financières internationales ne peuvent se permettre de perdre leur licence bancaire américaine, notamment. Elles n'ont d'autre alternative que de coopérer et deviennent ainsi, malgré elles, les gendarmes des autorités fiscales américaines. Dans un article dédié à l'utilisation par les États-Unis du droit extraterritorial comme instrument de soft power et d'influence, M. Pierre Lellouche expliquait : « *Nous vivons dans un système totalement déséquilibré où les banques et le fisc français deviennent des annexes de l'IRS américain, sans que personne n'y trouve à redire* »¹⁸², raison pour laquelle il est impératif que la France et l'Union Européenne se dotent d'outils performants face à la superpuissance américaine.

Section 2 : Moyens de défense face à l'extraterritorialité de la législation FATCA

Pour lutter sur un pied d'égalité contre l'impérialisme économique américain, des moyens de défense concrets et appropriés doivent être déployés. La prise de conscience du problème progresse au fil du temps, ce, aussi bien au niveau de l'Union Européenne qu'au niveau national. L'impérialisme économique américain a pris une telle ampleur qu'il est indispensable de réagir rapidement. Face à la portée extraterritoriale de la législation FATCA les moyens de défense sont de deux ordres :

¹⁸⁰ ING Bank N.V. Agrees to Forfeit \$619 Million for Illegal Transactions with Cuban and Iranian Entities Department of Justice, Office of Public Affairs, June 12th 2012.

¹⁸¹ Department of Justice; Thursday, November 1st 2018, Attorney General Jeff Sessions' China Initiative Fact Sheet : <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1107256/download>.

¹⁸² Comment les USA utilisent leur droit extraterritorial comme instrument de soft power et d'influence, Pierre Lellouche, 31 mai 2019.

d'une part, la dénonciation pure et simple de l'accord intergouvernemental de 2013 (paragraphe 1) ; d'autre part, une option moins radicale consistant à aménager ledit accord (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La dénonciation de l'accord intergouvernemental

La France dispose des fondements juridiques qui permettraient de révoquer l'accord intergouvernemental de 2013 (1/). Une telle dénonciation paraît cependant difficilement concevable compte tenu des conséquences économiques qu'elle engendrerait au préjudice du pays et, notamment, de ses institutions financières (2/).

1/ Les fondements juridiques à considérer pour parvenir à la révocation de l'accord

On rappelle qu'au nombre des moyens de défense qui pourraient être mis en œuvre face à l'extraterritorialité de la législation FATCA, différentes options ont été examinées. La première consistant à dénoncer l'accord intergouvernemental sur la base de plusieurs fondements juridiques :

Tout d'abord, l'article 55 de la Constitution française qui dispose que : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

Dès lors, l'absence de réciprocité par les États-Unis permettrait théoriquement à la France de révoquer l'accord FATCA. Le député M. Marc Le Fur déclare en substance que si les négociations venaient à échouer il faudrait songer à dénoncer unilatéralement l'accord FATCA. Mais choisir l'option du retrait d'un accord bilatéral serait prendre un risque majeur que le député qualifie « d'arme atomique ».

M. Éric Woerth a avancé un argument pertinent au sujet de l'absence de réciprocité par les États-Unis, qui mérite d'être souligné. Il soutient que si le président américain avait été confronté à la législation FATCA il l'aurait lui-même « *dénoncé depuis longtemps* »¹⁸³.

Le non-respect du principe de réciprocité par les États-Unis prévu au titre de l'accord intergouvernemental de novembre 2013 est, selon le professeur Régis Bismuth, de nature à constituer « *une violation substantielle du traité au sens de l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969* ». Cette violation du traité

¹⁸³ "Américains accidentels" - Des députés appellent le gouvernement à agir, Les Échos Investir, 16/05/2019.

devrait également permettre à la France de mettre fin au traité ou d'interrompre son application¹⁸⁴.

Nous rappelons en outre, que la non-ratification par la France de la Convention n'est pas un inconvénient dès lors que l'instrument incarne le droit international coutumier.

M. Bismuth souligne que le droit de la responsabilité internationale autorise l'État lésé à suspendre l'exécution de ses obligations internationales dans le cadre de l'accord FATCA. Accord qui provoque en France de nombreux dommages collatéraux notamment au préjudice de ressortissants qui ne sont américains que sur le papier. Pour autant, si l'on considère les dégâts qui résulteraient d'une dénonciation il est évident qu'elle serait lourde de conséquences.

Même si la violation du traité n'était pas caractérisée, la France conserverait la possibilité - grâce à la Convention franco-américaine de 1994 - de se limiter à la communication d'informations symétriquement communiquées par les États-Unis. Le Conseil d'État lui-même n'a pas écarté cette possibilité.

Enfin, l'accord FATCA pourrait être unilatéralement et légalement dénoncé avec un préavis de 12 mois aux termes de l'article 10 (2) de l'accord.

2/ L'impact d'une dénonciation éventuelle de l'accord sur les relations franco-américaines

La dénonciation unilatérale de l'accord FATCA fait partie des propositions faites par les rapporteurs en cas d'échec des négociations¹⁸⁵.

Les avis divergent sur l'utilité d'une dénonciation, à titre d'exemple M. Charles de Courson pense que cette option devrait purement et simplement être abandonnée en ce qu'elle pourrait potentiellement porter préjudice à la France. D'autres, comme M. Laurent Saint-Martin, estiment que cette possibilité ne devrait pas être exclue, précisant « *si aucune avancée n'intervient, la dénonciation de l'accord FATCA doit être considérée comme une option parfaitement envisageable* »¹⁸⁶.

Les institutions financières françaises ne pourraient évidemment pas se permettre de ne plus appliquer la loi FATCA ; ne pas se conformer à cette législation aurait pour

¹⁸⁴ Régis BISMUTH, *L'extraterritorialité du FATCA et le problème des « américains accidentels »*, Revue trimestrielle, LexisNexis, Octobre-Novembre-Décembre 2017, p. 1234 ; Art. 60 3. b) : « *Aux fins du présent article, une violation substantielle d'un traité est constituée par : b) la violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité* ».

¹⁸⁵ Proposition n°4 du rapport d'information n°1945, relatif à l'assujettissement à la fiscalité américaine des Français nés aux États-Unis, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 15 mai 2019, p. 14.

¹⁸⁶ Voir annexe (échange avec M. le Député Laurent Saint-Martin) p.1 sur 3.

elles un coût énorme du fait des conséquences commerciales désastreuses au nombre desquelles la perte de clients.

En outre, une dénonciation unilatérale des accords gouvernementaux exposerait les banques à des prélèvements à la source pour le cas où elles omettraient de transmettre les éléments d'information concernant les comptes des *U.S. persons* logés dans leurs établissements.

Aussi, quand bien même l'accord FATCA serait-il dénoncé entre la France et les États-Unis, la législation FATCA de 2010 resterait, elle, en vigueur en droit américain. Le problème demeurerait donc presque entier dans la mesure où les institutions financières françaises, dès lors qu'il n'y aurait plus de base légale en France, seraient tentées d'exclure purement et simplement les clients présentant une trace d'américanité. Elles pourraient pareillement consentir spontanément à l'application extraterritoriale de la législation FATCA pour ne pas risquer de subir la retenue de 30%.

La problématique liée à la dénonciation de l'accord n'empêche cependant pas la France de rechercher toujours un moyen de neutraliser les effets extraterritoriaux du FATCA qui sont discriminatoires.

Paragraphe 2 : Les aménagements de l'accord intergouvernemental

Une autre alternative envisagée comme moyen de défense face à l'extraterritorialité de la législation américaine consisterait à aménager l'accord bilatéral de 2013. L'objectif visé étant d'atténuer les effets négatifs de l'extraterritorialité. Des actions sont envisageables au niveau national (1/), et également attendues au niveau européen (2/).

1/ Les actions envisageables au niveau national

Face à la portée extraterritoriale du droit américain et à ses effets vivement critiqués, une action énergique doit être envisagée au niveau national. Une mission d'information commune sur l'extraterritorialité de la législation américaine de 2016 appelait déjà à une action diplomatique afin d'assurer l'effectivité des engagements souscrits en termes de réciprocité¹⁸⁷.

À l'occasion de l'examen du rapport d'information du 15 mai 2019 relatif à l'assujettissement à la fiscalité américaine des français nés aux États-Unis, M. Marc

¹⁸⁷ Rapport d'information déposé par la commission des affaires étrangères et la commission des finances en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 3 février 2016 sur l'extraterritorialité de la législation américaine, enregistré à la présidence de l'assemblée nationale le 5 octobre 2016.

Le Fur a expliqué que le gouvernement français n'avait pas encore entamé de réels « *pourparlers formels* »¹⁸⁸. Selon lui, « *une véritable négociation doit être ouverte avec les États-Unis* »¹⁸⁹ ; en effet, ces derniers se sont expressément engagés à parvenir à une réciprocité. Dans son rapport, il fait état de la transmission des informations concernant les contribuables américains par les institutions financières françaises tandis que trop peu d'informations sont communiquées en retour.

Précisons avant toute chose que la « seule » révision de l'accord intergouvernemental franco-américain ne permettrait pas de régler toutes les problématiques auxquelles les Américains accidentels font face - à l'instar de la CBT taxation : ce principe relève de la compétence souveraine américaine sur laquelle la France n'a aucune emprise - mais constituerait une première avancée.

Plusieurs aménagements pourraient être envisagés. Le premier étant une réévaluation du seuil du montant à déclarer lequel conditionne la transmission d'informations. Ce seuil est aujourd'hui fixé à 50 000 dollars, il pourrait être relevé à 100 000 dollars comme le suggérait le professeur de droit fiscal M. Carlo Garbarino devant la commission parlementaire des pétitions du Parlement Européen, lors d'une allocution sur la législation FATCA au mois de mai 2018¹⁹⁰. Cette solution permettrait de s'adapter aux enjeux dans le cadre de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, l'objectif étant de traquer les fraudeurs et de récupérer des recettes fiscales fédérales. L'idée sous-jacente est également de cibler prioritairement les contribuables américains disposant de fonds plus importants et d'éviter de s'attarder sur les patrimoines plus modestes détenus, entre autres, par des « Américains accidentels ».

Par ailleurs, M. Richard Ferrand a suggéré d'alléger les contraintes pesant sur les américains accidentels en leur permettant de renoncer de manière simplifiée à la nationalité américaine ou de les exonérer de payer un impôt américain¹⁹¹.

Enfin, la restriction voire la suspension de la transmission des données fiscales pourrait s'envisager sur la base de la convention fiscale franco-américaine du 31 août 1994. Il est impératif que les échanges soient maîtrisés et équilibrés en veillant scrupuleusement au respect de la réciprocité.

¹⁸⁸ Rapport d'information n°1945, relatif à l'assujettissement à la fiscalité américaine des Français nés aux États-Unis, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 15 mai 2019, p. 79.

¹⁸⁹ Rapport d'information n°1945, p. 79.

¹⁹⁰ C. GARBARINO, EU Commission representatives answers after the presentation of the report "FATCA legislation and its application at International and EU level" : <https://www.youtube.com/watch?v=iD5b8xkwWQ4>.

¹⁹¹ Compte rendu analytique officiel du 15 mai 2018, « Américains Accidentels » concernés par le FATCA.

2/ Les actions attendues au niveau européen

La prise de conscience du problème et des effets pervers de l'extraterritorialité américaine doit conduire les pays de l'Union Européenne à s'engager dans une négociation globale avec les États-Unis. C'est dans cet esprit que le parlement a adopté le 5 juillet 2018 une résolution¹⁹² relativement aux effets néfastes de la loi FATCA sur les citoyens de l'Union européenne. Résolution dans laquelle il demandait au Conseil de charger la Commission européenne d'ouvrir des négociations outre-Atlantique.

Des réflexions ont été menées à l'échelle européenne par des spécialistes dont celles qui paraissent les plus pertinentes sont évoquées ci-après.

Le professeur de droit fiscal, M. Carlo Garbarino proposait devant la commission parlementaire des pétitions du Parlement Européen, que l'Union Européenne adopte des mesures unilatérales, telles que le gel des données, jusqu'à ce que les États-Unis respectent enfin la réciprocité.

Le député M. Laurent Saint-Martin suggérait¹⁹³ de mettre en œuvre un « *dispositif susceptible d'atténuer* » la portée extraterritoriale du droit américain dans le cadre de la loi FATCA pour ce qui concerne les institutions financières, sur le modèle du règlement (CE) n° 2271/96 du 22 novembre 1996¹⁹⁴, également connu sous le nom de règlement de blocage. Ce règlement a été adopté en réponse à la réglementation extraterritoriale américaine, et plus particulièrement suite aux lois *Helms-Burton* et *D'Amato-Kennedy*¹⁹⁵. Conformément au règlement, les opérateurs européens ont pour obligation de ne pas se soumettre à une législation extraterritoriale d'un pays tiers sauf autorisation de la Commission. Ces opérateurs bénéficient d'une garantie d'indemnisation pour tout dommage qui résulterait de l'application d'une telle législation. Enfin, toute décision de justice étrangère sera sans effet dans l'Union. Notons que ce règlement a été actualisé¹⁹⁶ en 2018 suite au rétablissement des sanctions américains contre l'Iran.

¹⁹² Résolution du Parlement européen du 5 juillet 2018 sur les effets néfastes de la loi des États-Unis relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (FATCA) sur les citoyens de l'Union européenne, et en particulier les «Américains accidentels» (2018/2646(RSP)).

¹⁹³ Voir Annexe (échange avec M. le Député Laurent Saint-Martin) p. 2 sur 3 ; Conclusions de la mission d'information sur les conséquences de la législation fiscale américaine extraterritoriale sur les citoyens français dits "Américains accidentels", menée avec le député Marc Le Fur ; Proposition n° 10 : <https://www.laurentsaintmartin.fr/actualites/articles/conclusions-de-la-mission-d-information-sur-les-consequences-de-la-legislation-fiscale-americaine-extraterritoriale-sur-les-citoyens-francais-dits-americaains-accidentels-menee-avec-le-depute-marc-le-fur>.

¹⁹⁴ Règlement (CE) n°2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 « portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant ».

¹⁹⁵ Rapport d'information n° 17 Enregistré à la Présidence du Sénat le 4 octobre 2018, fait au nom de la commission des affaires européennes (1) sur l'extraterritorialité des sanctions américaines, p. 18.

¹⁹⁶ Mise à jour du règlement européen du 22 novembre 1996 (dit « *de blocage* ») en vue de soutenir l'accord sur le nucléaire iranien, DG du Trésor, 28 août 2018.

Le 11 février 2020 M. François-Xavier Bellamy, député au Parlement européen a questionné¹⁹⁷ la Commission européenne au sujet de la renégociation de l'accord sur l'application de la législation FATCA au niveau de l'Union européenne « *avec les mêmes obligations de réciprocité en matière de partage entre nos deux continents* »

Pour le cas où les américains refuseraient toute négociation, l'Union européenne pourrait être amenée à passer en force. Dans cette hypothèse, les États membres seraient bien inspirés de réfléchir à des dispositifs permettant de protéger les intérêts des établissements bancaires de l'Union.

¹⁹⁷ Question parlementaire, question écrite à la commission, article 138 du règlement intérieur, François-Xavier Bellamy, député au Parlement européen, au sujet Américains accidentels, 11 février 2020.

CONCLUSION

En l'espace de dix ans, la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales a pris une nouvelle dimension. La législation FATCA y a largement contribué en imposant, essentiellement au bénéfice des États-Unis, la transmission automatique d'informations fiscales en provenance de nombreux pays. Le niveau d'investigation a atteint un tel degré de sophistication, que les contribuables américains - y compris ceux n'ayant qu'une infime attache avec le pays - n'ont pratiquement aucune possibilité de s'y soustraire.

Ce dispositif ne pouvant fonctionner qu'avec une coopération internationale, des accords bilatéraux ont été conclus entre les États-Unis et divers pays. Ceux-ci n'ont pas immédiatement mesuré que derrière la démarche américaine, en apparence vertueuse, se cachait un redoutable instrument de contrôle des capitaux jusque-là placés dans des pays tiers. La prédominance du dollar et la puissance économique, géopolitique et militaire des États-Unis, ne leur laissaient pas vraiment le choix.

Force est de constater que les avantages tirés de ces accords pour les pays partenaires sont bien plus nuancés, comme il ressort de l'exemple France-États-Unis, objet de la présente étude. L'application de la législation FATCA en droit français suscite toujours de vives critiques, notamment en raison de l'asymétrie dans l'échange d'informations et de la situation complexe dans laquelle elle place les Américains dits accidentels. Cependant, la nécessité de lutter de manière plus efficace contre la fraude et l'évasion fiscales ne fait pas débat. Le dispositif FATCA, précurseur en la matière, a été une source d'inspiration pour l'OCDE dans la mise place du CRS - également connu sous le nom de « GATCA ». Celui-ci poursuit des objectifs similaires, mais sur une base multilatérale et équitable entre les pays signataires. La non-adhésion des États-Unis au CRS, qui au premier abord a pu surprendre, pourrait s'expliquer d'une part, du fait que le CRS place tous les pays sur un pied d'égalité et, d'autre part, par la crainte d'une répercussion négative sur l'attractivité des dépôts étrangers aux États-Unis. En effet, l'adhésion obligerait les États-Unis à déclarer à leur tour les détenteurs de capitaux non-américains dissimulés sur leur sol, aux administrations étrangères respectives.

La conception unilatérale et extraterritoriale du FATCA et la non-adhésion au CRS ont permis aux États-Unis de se hisser au niveau des paradis fiscaux les plus hermétiques. Selon l'OCDE plusieurs critères permettent d'identifier un paradis fiscal, au nombre desquels figurent l'absence de transparence et une législation qui empêche l'échange effectif d'informations ; critères qui correspondent aux pratiques américaines. Comme le fait observer M. Jean-Paul Mattei « *Paradoxalement (...) ils deviennent un territoire particulièrement attractif pour certains fraudeurs* »¹⁹⁸. En

¹⁹⁸ Rapport d'information n°2246, relatif à l'impôt universel, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 septembre 2019, p. 94.

effet, cette absence de réciprocité leur permet d'assurer une discrétion fiscale des plus opaques, qui rappelle étrangement le « *modèle Suisse* ». S'il est légitime pour l'État américain de vouloir identifier les capitaux dissimulés par ses ressortissants à l'étranger, ce qui l'est moins c'est de servir de refuge fiscal aux capitaux non-américains, au préjudice des pays tiers.

L'analyse du dispositif FATCA révèle qu'il ne s'agit pas d'un cas isolé, mais d'un maillon d'une chaîne dans l'offensive américaine, laquelle s'appuie notamment sur l'extraterritorialité pour asseoir sa domination. Cette situation est décrite par M. Raphaël Gauvain : « *la règle de droit (...) est devenue aujourd'hui une arme de destruction dans la guerre économique que mènent les États-Unis contre le reste du monde, y compris contre leurs alliés traditionnels en Europe* »¹⁹⁹.

Les conséquences collatérales d'une telle politique, pour la France notamment, sont préoccupantes ; raison pour laquelle il est urgent de se doter d'instruments efficaces pour lutter à armes égales. Parvenir à la réciprocité est un impératif. Une action européenne s'impose.

¹⁹⁹ Rapport de R. GAUVAIN sur la protection des entreprises contre les lois et mesures à portée extraterritoriale, 26 juin 2019, p. 3.

Introduction	5
TITRE I : FATCA : UN DISPOSITIF EXTRATERRITORIAL AMERICAIN DE LUTTE CONTRE LA FRAUDE ET L'EVASION FISCALES	11
Chapitre 1 : Présentation et enjeux de la loi FATCA.....	11
Section 1 : FATCA : une législation américaine unilatérale et extraterritoriale	11
Paragraphe 1 : Le contexte d'élaboration de la loi FATCA	11
1/ La crise financière de 2008 et l'enchaînement de scandales financiers	11
2/ FATCA : une législation majeure dans la lutte contre la fraude fiscale et l'évasion fiscales.....	13
Paragraphe 2 : La portée extraterritoriale de la loi FATCA	16
1/ La pratique de l'extraterritorialité par les États-Unis	16
2/ La conclusion de l'accord intergouvernemental de 2013 entre la France et les États-Unis	18
Section 2 : L'encadrement des échanges automatiques d'informations France/États-Unis	20
Paragraphe 1 : Le champ d'application de l'accord bilatéral de 2013	20
1/La transmission d'informations par les institutions financières françaises.....	21
2/Les comptes financiers concernés	22
Paragraphe 2 : Des mesures coercitives incitant à la coopération	23
1/ Obligations de diligences et obligations déclaratives	23
2/ Sanctions liées au non-respect des obligations	24
Chapitre 2 : FATCA : changement profond dans la coopération d'échanges d'informations fiscales ...	25
Section 1 : L'étendue de la législation FATCA et son influence sur le CRS adopté par l'OCDE	25
Paragraphe 1 : Étendue de la législation FATCA.....	25
1/ La conclusion d'accords intergouvernementaux avec 113 pays.....	25
2/ La diffusion et l'emprise de la <i>lex americana</i>	26
Paragraphe 2 : L'échange automatique d'informations : norme dans la coopération fiscale.....	29
1/ L'accord multilatéral de l'OCDE introduisant le CRS	29
2/ Les États-Unis non signataires du CRS	32
Section 2 : La réciprocité dans l'échange automatique d'informations.....	34
Paragraphe 1 : L'accord intergouvernemental France-États-Unis sur une base bilatérale et réciproque	34
1/ L'engagement des États-Unis à parvenir à une réciprocité des échanges	35
2/ La dissymétrie dans l'échange d'informations	35
Paragraphe 2 : La réciprocité altérée par la nature même de l'accord intergouvernemental	37
1/ La nature de l'accord intergouvernemental limitant sa portée.....	37
2/ Les incertitudes autour de la notion de multilatéralisme	37
TITRE II : LA SUBSISTANCE DE DIFFICULTES DANS LA MISE EN ŒUVRE DE LA LEGISLATION FATCA.....	43
Chapitre 1 : Les effets de la législation FATCA sur les américains dits accidentels	43
Section 1 : L'acquisition de la citoyenneté américaine et ses effets	43
Paragraphe 1 : L'extraterritorialité revendiquée de l'Internal Revenue Service	43
1/ Principe de la <i>Citizenship Based Taxation</i> – imposition sur la base de la citoyenneté	44
2/ Les conséquences du FATCA à l'égard des « Américains accidentels ».....	45
Paragraphe 2 : L'impact de la pratique extraterritoriale de l'imposition fondée sur la citoyenneté	47
1/ L'augmentation des renoncements à la citoyenneté américaine en France et à l'étranger	47
2/ Complexité et coûts élevés de renoncement à la citoyenneté américaine	49

Section 2 : L'application des accords franco-américains vis-à-vis des « Américains accidentels »	51
Paragraphe 1 : Les complexités inhérentes à la double imposition	52
1/ La double imposition appréhendée par la convention fiscale de 1994	52
2/ Les problématiques afférentes à la nature des taxes éligibles au crédit d'impôt	53
Paragraphe 2 : L'accessibilité au compte bancaire par les Américains accidentels	55
1/ La difficulté de fournir les informations demandées par le trésor américain	55
2/ Une problématique constatée à l'échelle mondiale.....	57
Chapitre 2 : FATCA : véhicule de l'impérialisme américain et moyens de défense au niveau national et européen.....	59
Section 1 : L'ingérence du droit américain à travers la législation FATCA	59
Paragraphe 1 : La protection des données à caractère personnel transmises aux États-Unis	59
1/ Le positionnement de la CNIL et du Conseil d'État.....	59
2/ La transmission des données et l'adéquation avec le droit de l'Union.....	61
Paragraphe 2 : FATCA, illustration de l'utilisation du droit comme instrument de puissance économique	61
1/ L'affranchissement du modèle de Soft Law et le passage à la Hard Law	64
2/ Les préoccupations et les enjeux à l'échelle mondiale.....	67
Section 2 : Moyens de défense face à l'extraterritorialité de la législation FATCA.....	67
Paragraphe 1 : La dénonciation de l'accord intergouvernemental.....	70
1/ Les fondements juridiques à considérer pour parvenir à la révocation de l'accord	70
2/ L'impact d'une dénonciation éventuelle de l'accord sur les relations franco-américaines	71
Paragraphe 2 : Les aménagements de l'accord intergouvernemental	71
1/ Les actions envisageables au niveau national	72
2/ Les actions attendues au niveau européen.....	72
Conclusion.....	76

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES & THÈSES

- I. GRINBERG, “*Beyond FATCA: An evolutionary Moment for the International Tax System*”, January 27th 2012.
- G. LHUILIER, *Le droit transnational*, Dalloz, sept. 2016.
- J-M BRIGNANT, *Le risque de corruption*, Dalloz, 2018.
- A. KALLERGIS, *La compétence fiscale*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, volume 175, 2018, Dalloz.
- F. PIERUCCI « *Le piège américain* », 2019.

ARTICLES & NOTES

- **Sources françaises**

- Guillaume DEVIN, « *Les Etats-Unis et l'avenir du multilatéralisme* », *Cultures & Conflits*, 51 | automne 2003.
- Jussi M. HANHIMÄKI : « *Les États-Unis et le multilatéralisme depuis le 11 septembre* » ; Institut Français Des Relations Internationales, 2011.
- Raphaël H. COHEN, « *Le coup de maître des américains ou comment ils pratiquent la pêche aux pêcheurs* » Market, Université de Genève, 19 mai 2016.
- J-M SAUVÉ, « *Droit comparé et territorialité du droit : vers une nouvelle régulation juridique transnationale ?* », 14 décembre 2016.
- Régis BISMUTH, *L'extraterritorialité du FATCA et le problème des « américains accidentels »*, Revue trimestrielle, LexisNexis, Octobre-Novembre-Décembre 2017.
- J. BRAMARD, G. LEGRAND, « *Le dispositif FATCA entre respect des principes et interrogations : un casse-tête pour les établissements bancaires et leur clientèle* », *Les Nouvelles Fiscales*, N°1230, 15 octobre 2018.
- Régis BISMUTH, « *Le Cloud Act face au projet européen e-evidence : confrontation ou coopération ?* » *Rev. Crit. DIP* 2019.
- Pierre LELLOUCHE, « *Comment les USA utilisent leur droit extraterritorial comme instrument de soft power et d'influence* », 31 mai 2019.

- **Sources américaines**

- Charles F. Dunbar, “*The direct tax of 1861*”, The Quarterly Journal of Economics, Jul., 1889, Vol. 3, No. 4 (Jul., 1889).
- Cynthia G. Fox, “*Income Tax Records of the Civil War Years*”, 1986, Vol. 18, No. 4 | Genealogy Notes.
- *Revised FATCA Plus Carried Interest Taxation*, December 11th 2009, Sullivan & Cromwell LLP.
- A. SUNDBERG, « *History of US taxes abroad from 1787 to 2001* », 2011.
- A. CHRISTIANS, « *The Dubious Legal Pedigree of IGAs (and why it matters)* », Tax notes international, Vol. 69, Number 6, February 11, 2013.
- M. D. SHEPSMAN “*Buying FATCA Compliance: Overcoming Holdout Incentives to Prevent International Tax Arbitrage*”, Vol 36, Issue 5, Article 13, 2013.
- Joshua D. BLANK and Ruth MASON, “*Exporting FATCA*”, NY University School of Law, Exporting FATCA, March 17th, 2014.
- Jane G. SONG, “*The End of Secret Swiss Accounts? : The Impact of the U.S. Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) on Switzerland's Status as a Haven for Offshore Accounts*”, 35 Nw. J. Int'l L. & Bus. 687 (2015).
- Jane G. GRAVELLE Senior Specialist in Economic Policy “*Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion January*” 15th, 2015, Congressional Research Service.
- J. BUGNION, Viewpoint, tax notes August 24th, 2015, Concerns about the taxation of Americans Resident Abroad.
- Y. R. (Christine) KIM, “*Considering “citizenship taxation”: in defense of FATCA*”, Vol. 20, Nbr. 5, 2017.
- P. JOHN “*The Future Of FATCA: Concerns And Issues*,” North East Journal of Legal Studies: Vol. 37, Article 4, (2018).
- Andres B. SCHWARZENBERG, Congressional Research Service, In focus, Updated April 20th 2020, China and France.

- **Autres sources étrangères :**

- Alexandre Limbour, Matthias Guillou, « *Le UK Bribery Act* », La semaine juridique - édition générale - n° 36 - 5 septembre 2011.
- Tax Justice Network, Financial Secrecy Index 2013, Methodology p. 78: <https://fsi.taxjustice.net/Archive2013/Notes%20and%20Reports/FSI-Methodology.pdf>
- Tax Justice Network, Financial Secrecy Index 2015, Methodology p. 75 : <https://fsi.taxjustice.net/Archive2015/Notes%20and%20Reports/FSI-Methodology.pdf>.
- « Financial Secrecy Index 2020 reports progress on global transparency – but backsliding from US, Cayman and UK prompts call for sanctions », Tax Justice Network, February 18th 2020.

JURISPRUDENCE

- **Jurisprudence française :**

- CE, Assemblée, 19 juillet 2019, Association des Américains accidentels, req. n°424216.
- CA de Grenoble, 12 mars 2019, n°18/03325.

- **Jurisprudence américaine :**

- Cook v. Tait, 265 U.S. 47, 5th May 1924.
- Coleman v. Miller, 307 U.S. 433, 438 (1939).
- Eshel v Commissioner, 142 T.C. 197 (2014).
- Eshel v Commissioner, 831 F.3d 512 (D.C. Cir. 2016).
- Microsoft v. United States No. 14-2985 (2nd Circuit court 2016).
- Crawford v. United States Department of the Treasury 868 F.3d 438 (6th Circ. 2017).

- **CPJI :**

- CPJI, Affaire du Lotus, Rec. série A, n°10, 7 septembre 1927.

DOCUMENTATION OFFICIELLE

- **France :**

- Rapport n°751, enregistré à la présidence du Sénat le 17 juillet 2014, sur le projet de loi autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (dite « loi FATCA »).
- Séance du 22 juillet 2014 (compte rendu intégral des débats), <https://www.senat.fr/seances/s201407/s20140722/s20140722019.html>.
- Mission, note du service économique régional des Etats-Unis, 26 avril 2016, relatif à l'extraterritorialité dans la législation américaine anti-corruption.
- Rapport d'information déposé par la commission des affaires étrangères et la commission des finances en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 3 février 2016 sur l'extraterritorialité de la législation américaine, enregistré à la présidence de l'assemblée nationale le 5 octobre 2016.
- Rapport au nom de la commission d'enquête chargée d'examiner les décisions de l'État en matière de politique industrielle, au regard des fusions d'entreprises intervenues récemment, notamment dans les cas d'Alstom, d'Alcatel et de STX, ainsi que les moyens susceptibles de protéger nos fleurons industriels nationaux dans un contexte commercial mondialisé, 19 avril 2018.
- Avis du défenseur des droits, Paris, le 23 mai 2018, avis n°18-15, dans le cadre des travaux de la mission d'information de l'Assemblée nationale relativement à l'assujettissement à la fiscalité américaine des Français nés sur aux États-Unis.
- Rapport d'information n° 1236, relatif à l'évasion fiscale internationale des entreprises, 12 septembre 2018.

- Rapport d'information n°1945, relatif à l'assujettissement à la fiscalité américaine des Français nés aux États-Unis, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 15 mai 2019.
- Rapport de R. GAUVAIN sur la protection des entreprises contre les lois et mesures à portée extraterritoriale, 26 juin 2019.
- Rapport d'information n°2246, relatif à l'impôt universel, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 septembre 2019.

- **États-Unis :**

- Liste des accords intergouvernementaux (IGAs) : <https://home.treasury.gov/about/offices/tax-policy/foreign-account-tax-compliance-act>
- United States Senate, Permanent Subcommittee on Investigations, Staff Report on Dividend tax abuse: How offshore entities dodge taxes on U.S. stock dividends, September 11, 2008.
- Permanent Subcommittee on Investigations, Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, Tax Haven Banks and U.S. Tax Compliance, staff report 1 (2008).
- The United States Department of Justice, Office of public affairs, UBS enters into Deferred Prosecution agreement, Bank admits to helping U.S. taxpayers hide accounts from IRS ; Agrees to Identify Customers & pay \$780 million, Wednesday February 18th 2009.
- Joint Committee on Taxation February 23, 2010, JCX-5-10, estimated revenue effects of the revenue provisions contained in senate amendment 3310, the "Hiring Incentives to Restore Employment act," under consideration by the senate, Fiscal Years 2010 – 2020.
- United Nations, Security Council, 5th December 2011, Resolution 2023 (2011)
- "BNP Paribas Agrees to Plead Guilty and to Pay \$8.9 Billion for Illegally Processing Financial Transactions for Countries Subject to U.S. Economic Sanctions, Department of Justice", Office of Public Affairs, June 30th 2014.
- Alstom Pleads Guilty and Agrees to Pay \$772 Million Criminal Penalty to Resolve Foreign Bribery Charges, Largest-ever foreign bribery resolution with

the Department of Justice, 22th December 2014, The United states Department of Justice.

- Department of Justice; Thursday, November 1st 2018, Attorney General Jeff Session's China Initiative Fact Sheet.
- U.S. Government Accountability Office, Foreign Asset Reporting: Actions Needed to Enhance Compliance Efforts, Eliminate Overlapping Requirements, and Mitigate Burdens on U.S. Persons Abroad, April 2019.
- Expatriate, as Required by Section 6039G, A Notice by the Internal Revenue Service on 05/08/2020.
- U.S. Securities and Exchange commission, Spotlight on Foreign Corrupt Practices Act.
- Instructions for Form 8854, Department of the Treasury, Internal Revenue Service.
- Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Seychelles to Improve International Tax Compliance and to Implement FATCA.

- ***Royaume-Uni***

- Joint Statement regarding an Intergovernmental Approach to Improving International Tax Compliance and Implementing FATCA, Gov.UK, published 8th of February 2012.

- ***Union Européenne***

- Journal officiel de l'Union européenne, Conclusions du Conseil relatives à la liste révisée de l'UE des pays et territoires non coopératifs à des fins fiscales (2020/C 64/03), 27 février 2020.
- FATCA Legislation and its application at International and EU Level, PETI, May 2018.
- Résolution du Parlement européen du 5 juillet 2018 sur les effets néfastes de la loi des États-Unis relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (FATCA) sur les citoyens de l'Union européenne, et en particulier les « Américains accidentels » (2018/2646(RSP)).

- **OCDE**

- « *The Era of Bank Secrecy is Over* », The G20/OECD Process is delivering results, October 26th 2011.
- OCDE (2017), Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale, Seconde édition, Éditions OCDE, Paris.
- Signatories of the multilateral competent authority agreement on automatic exchange of financial account information and intended first information exchange date.
- *OECD, Exchange of information, Implementation of tax transparency initiative delivering concrete and impressive results, 07/06/2019.*
- OCDE, La communauté internationale accomplit de nouvelles avancées dans la lutte contre la fraude fiscale internationale, 30/06/2020.

TEXTES DE LOI, REGLEMENTS, ET DIVERS

- **France**

- Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
- Article 1649 AC du CGI.
- Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (dite loi « Fatca ») : https://www.economie.gouv.fr/files/usa_accord_fatca_14nov13.pdf
- Déclaration d'intention de la France et des États-Unis FATCA.
- Convention du 24 novembre 1978 en matière d'impôts sur les successions et donations entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1980 et modifiée par l'avenant du 8 décembre 2004 mis en vigueur le 21 décembre 2006.
- Convention du 31 Août 1994 en matière d'impôts sur le revenu et la fortune entrée en vigueur le 30 décembre 1995, modifiée par l'avenant du 8 décembre 2004 mis en vigueur le 21 décembre 2006, ainsi que par l'avenant du 13 janvier 2009 entré en vigueur le 23 décembre 2009.

- ***États-Unis***

- H.R. 2048, Public Law 114–23.
- H. R. 3933 to amend the Internal Revenue Code of 1986, October 27th, 2009.
- H.R. 4213, 111th Congress.
- H.R.4943 — 115th Congress, Consolidated Appropriations Act, 2018, P.L. 115-141.
- Public Law 107-56, 107th Congress; Oct. 26, 2001.
- Public Law 107-204, 107th Congress.
- Public Law 111–147, Mar. 18, 2010, 111th Congress.
- 31 U.S.C. § 5322(b).
- U.S.C. § 877A, (A), (1), (d) Tax responsibilities of expatriation.
- 31 C.F.R. § 103.59(c) for criminal.
- I.R.C §1471, §1472.
- I.R.C. § 7701 (a) (30).
- 19 U.S. Code § 2411. Actions by United States Trade Representative.
- Section 349(a)(5) of the Immigration and Nationality Act.

- ***Union Européenne***

- Articles 8 et 14 de la CEDH.
- Règlement (CE) n°2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 « portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant ».
- Directive 2014/107/UE du conseil du 9 décembre 2014 (« DAC 2 ») modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'infor-mations dans le domaine fiscal.

- Articles 1, 2, 5 16, 23 du RGPD.

ARTICLES DE PRESSE :

- France

- « *La banque suisse UBS est empêtrée dans un scandale fiscal aux États-Unis, Un dirigeant est soupçonné d'encourager la fraude* », Agathe Duparc, 19 novembre 2008, Le Monde.
- « *Secret bancaire : 100 milliards d'euros d'impôts récupérés* », Les Échos, 7 juin 2019.
- « *Donald Trump risque d'imposer des taxes punitives à la France* », Capital, 24 juin 2020.
- Reuters, « *Les USA remettront lundi leur rapport sur la « Taxe Gafa » française* », Challenges, 27 novembre 2019.
- « *Taxe Gafa* » : la France dénonce une « provocation » des États-Unis », 18 juin 2020, Le Figaro.
- « *Banque en ligne : pourquoi les Américains accidentels ne peuvent pas y accéder* », Marie-Eve Frénay, 3 mai 2018 ; Money Vox, interview de M. Fabien Lehagre, président de l'Association des Américains accidentels.
- « *La fin du cauchemar fiscal pour les « Américains accidentels » ?* », 27 décembre 2017, La dépêche.fr.
- « *Impôts : première victoire pour les « Américains accidentels* », Les Échos, 17 juin 2019.
- « *Le fisc américain perd un premier combat face à la France* », 26 juin 2019, L'Opinion.
- « *Américains accidentels : le gouvernement rassure les banques françaises sur d'éventuelles sanctions* », Le Figaro, 31 décembre 2019.
- « *306 « Américains accidentels » portent plainte contre des banques françaises* », RTL, 27 mars 2019.
- « *Empêchés d'ouvrir des comptes bancaires en ligne, des « Américains accidentels » portent plainte* », Le Figaro, 6 juillet 2020.

- « *Les Américains accidentels s'attaquent aux banques qui leur refusent un compte* », Capital, 6 juillet 2020.
- « *Les Américains accidentels attaquent la France à Bruxelles* », 3 octobre 2019, Capital.
- « *Sous couvert de lutte contre le terrorisme, l'extraterritorialité du droit américain est une arme économique* », Le Monde, Stéphane Lauer, 30 décembre 2019.
- « *Emmanuel Macron et Alstom, une longue histoire* », Le Monde, 27 septembre 2017.
- « *Engie stoppe ses activités en Iran pour éviter les sanctions américaines* », L'Opinion, 20 mai 2018.
- « *L'Europe prise en étau dans la bataille du gaz entre la Russie et les Etats-Unis* », Le Monde, 13 juillet 2020.

- **États-Unis**

- “*Facebook Billionaire Gives Up Citizenship to Escape Bad American Tax Policy*”, May 11th 2012.
- Robert W. WOOD, “*FBAR Penalties: When will IRS let you off with a warning?*”, Forbes, June 4th 2012.
- “*Americans Renouncing Citizenship Up 221%, All Abroad The FATCA Express*”, Robert W. Wood, February 6th 2014.
- « *Credit Suisse Pleads Guilty, Pays \$2.6 Billion To Settle U.S. Tax Evasion Charges* », Forbes, May 20th 2014.
- “*U.S. Has world's highest fee to renounce citizenship*”, Forbes, Robert W. Wood Oct 23th 2015.
- “*Americans Renouncing Their Citizenship Is at a Record High*”, Kate Samuelson, Fortune, February 10, 2017.
- « *The U.S. Is Becoming the World's New Tax Haven* », 28th December 2017, Bloomberg opinion.

- “*Supreme Court Tosses Out Microsoft Case on Digital Data Abroad*”, The New York Times, April 17th, 2018.
- “*American Expat Financial News Journal, “US finally publishes final 2018 renunciation data”*”, by Helen Burggraf March 14th 2019.
- “*Here’s one reason why Americans abroad want to give up their citizenship*”, July 3 2019, Darla Mercado.
- “*Expat Tax Services, Trends in Expats Renouncing Citizenship: How Many Expats Renounce US Citizenship—& Why ?*” November 12th 2019.
- “*The New York Times: When U.S. Citizenship Starts Looking Like a Bad Deal*”, Paul Sullivan, December 6th, 2019.
- “*More American end US citizenship in 2020, 2,909 Americans who live overseas gave up citizenship in first 3 months of 2020*”, AA, May 12th, 2020.
- “*Why U.S. Accounts of Americans Abroad are being closed*”, Thun Financial advisors Research, 2020.
- « *US senators’ letter on Nord Stream 2 sparks outrage in Germany, Financial Times* », August 19th 2020.

- **Royaume-Uni**

- “*Boris Johnson among record number to renounce American citizenship in 2016*”, The Guardian, article amended on the 9th of February 2017 to clarify and correct details.

ANNEXE

Réponses de Monsieur le Député Laurent Saint-Martin :

« RÉPONSES AUX QUESTIONS DE JADE THOMAS-HERMÈS DANS LE CADRE DE SON MÉMOIRE

- Compte tenu du non-respect du principe de réciprocité par les États-Unis, pensez-vous qu'il sera nécessaire d'en arriver à une dénonciation de l'accord intergouvernemental de 2013 ?

La négociation doit rester la priorité. Celle-ci doit permettre, à court terme, une simplification du parcours des contribuables « Américains accidentels » par le relèvement de certains seuils, la prorogation du moratoire permettant de ne pas sanctionner l'absence d'identifiant fiscal ou social, la création d'un poste d'attaché fiscal au sein de l'ambassade américaine à Paris apporterait de premiers soulagements techniques. À moyen terme, la France doit poursuivre ces négociations en vue d'une interprétation plus favorable de la convention bilatérale : des avancées très récentes sur le statut de la CSG sont à saluer.

Si aucune avancée n'intervient, la dénonciation de l'accord FATCA doit être considérée comme une option parfaitement envisageable.

- À l'heure actuelle, considérez-vous que la France tire, un tant soit peu, bénéfice de l'accord FATCA ?

À ce stade, il apparaît que l'accord intergouvernemental a sans doute été négocié et approuvé sous la pression des menaces de sanction pesant sur les institutions financières opérant aux États-Unis et de leur crainte d'être évincées du marché américain. En effet, l'IGA conclu par la France ne diffère qu'à la marge de ceux qui concernent les autres partenaires du département du Trésor, dont la plupart ont d'ailleurs été ratifiés dans des délais comparables, extrêmement brefs.

Malgré l'apport qu'il représente en matière de transparence fiscale – alors que ce but serait identiquement atteint si les États-Unis acceptaient le standard de l'OCDE –, FATCA a transformé les banques françaises en agents de recouvrement de fait pour le compte de l'IRS et la DGFIP en intermédiaire.

- Que pensez-vous de la non-adhésion des États-Unis au Common Reporting Standard ? Contrairement au FATCA, le CRS a pour caractéristique de placer tous les États signataires sur un pied d'égalité et d'introduire une réciprocité totale. La non-adhésion des États-Unis au CRS semble illustrer une résistance de ce pays à l'égard des réglementations internationales contraignantes, alors que l'objectif poursuivi est le même que celui du

FATCA. Comme le soulevait M. Jean-Paul Mattei « Paradoxalement (...) ils deviennent un territoire particulièrement attractif pour certains fraudeurs ». Cette absence de réciprocité leur permet d'assurer une discrétion fiscale des plus hermétique, qui rappelle étrangement le « modèle Suisse ». S'il est légitime pour l'État américain de vouloir identifier les capitaux dissimulés par ses ressortissants à l'étranger, ce qui l'est moins c'est de servir de refuge fiscal aux capitaux non-américains, au préjudice des pays tiers.

FATCA apparaît moins juste que les instruments développés dans le cadre de l'OCDE, dont principalement le *Common Reporting Standard* (CRS), adopté en 2014 et entré en vigueur en 2016. Contrairement à ce dernier, qui visait également à améliorer la coordination en matière de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, FATCA repose sur une logique baroque : pour les banques comme pour les contribuables, le droit américain organise dans un premier temps la sanction pour faute présumée avant d'envisager dans un second temps l'exonération en cas de bonne foi prouvée.

- Sous couvert de dispositifs vertueux il apparaît que l'Amérique a bien manœuvré. En effet, il ressort du classement réalisé par le Tax Justice Network de février 2020 que les États-Unis sont classés en deuxième position en matière d'opacité financière et fiscale, après les Îles Caïmans et avant la Suisse. Il est intéressant de noter qu'en 2013, les États-Unis figuraient à la 6ème place du classement, avant de prendre la 3ème place en 2015. Pensez-vous qu'à terme les États-Unis figureront sur une liste noire s'ils n'adoptaient pas le CRS ?

Notre objectif est de protéger nos citoyens des discriminations dans notre pays, en particulier vis-à-vis des banques, mais nous sommes conscients que cela ne sera réellement possible sur le long terme que si nous trouvons une solution au niveau européen. En effet, seul le niveau communautaire peut permettre de recréer un rapport de force entre l'Europe et les États-Unis afin de pouvoir avoir une réelle réciprocité dans l'échange d'informations dans la lutte contre la fraude fiscale. Une des pistes de travail doit être, sous réserve d'évaluation et sur le modèle du règlement (CE) n° 2271/96 du 22 novembre 1996, d'envisager la mise en place d'un dispositif susceptible d'atténuer pour les établissements bancaires les effets extraterritoriaux de la législation FATCA.

- Pensez-vous qu'il serait envisageable de réévaluer le seuil du montant à déclarer, lequel conditionne la transmission d'informations ? Ce seuil aujourd'hui fixé à 50 000 dollars pourrait être relevé à 100 000 dollars comme le suggérait le professeur M. Carlo Garbarino devant la Commission Parlementaire des Pétitions du Parlement Européen, lors d'une allocution sur la législation FATCA, au mois de mai 2018. L'idée étant de cibler prioritairement les contribuables américains disposant de fonds plus importants et d'éviter de s'attarder sur les patrimoines plus « modestes » détenus entre autres par des « Américains accidentels ».

Il n'est pas question de s'ingérer dans les débats politiques autour des modalités d'acquisition de la citoyenneté américaine et des obligations fiscales qui en découlent, celles-ci relevant de la souveraineté des États-Unis.

Pour autant, une évolution peut être envisagée et doit faire l'objet des objectifs poursuivis dans le cadre de nouvelles négociations. Sans toucher aux principes, certaines dispositions législatives peuvent être exécutées de manière plus pragmatique dans le cas des binationaux. Pour un Américain qui répondrait aux différents critères d'« accidentel » tel que le propose Régis Bismuth, c'est-à-dire n'ayant outre sa nationalité aucun lien de nature économique ou financière avec les États-Unis, renoncer à sa double citoyenneté lui permet de ne plus être assujéti aux impôts fédéraux.

La procédure complexe et coûteuse - d'une part elle implique, soit a priori, soit a posteriori, de se mettre en conformité vis-à-vis de l'IRS, et donc d'acquitter, le cas échéant, d'un arriéré fiscal et d'éventuelles pénalités de retard et/ou d'erreur ; d'autre part, elle entraîne des frais administratifs et privés importants - aurait surtout du sens dans le cadre d'une stratégie fiscale individuelle consciente et mise en oeuvre par les contribuables les plus aisés.

- L'analyse du dispositif FATCA révèle qu'il ne s'agit pas d'un cas isolé, mais d'un maillon d'une chaîne dans l'offensive américaine, laquelle s'appuie notamment sur l'extraterritorialité pour asseoir sa domination. La France et l'Europe ont-elles une chance d'atténuer par la négociation l'extraterritorialité du droit américain ? Ou pensez-vous au contraire qu'il faille employer des méthodes comparables à celles des États-Unis pour espérer parvenir à un résultat ?

La négociation doit être menée tant au niveau national qu'euro péen. Au regard de l'historique de ce dossier, il apparaît néanmoins plus que probable que ces négociations aboutissent, au moins un temps, à un nécessaire rapport de force qui, en l'absence de résultats tangibles, pourrait conduire notre pays à envisager la dénonciation de l'accord FATCA et la restriction des informations communiquées au fisc américain en application de la convention fiscale. Les progrès possibles dans la lutte contre l'évasion et la fraude fiscales ne sauraient justifier une coopération à tout prix.

- L'extraterritorialité du droit américain préoccupe de nombreux pays et entreprises étrangères, ces dernières risquant de lourdes pénalités pouvant aller jusqu'à la perte du marché américain. Les derniers développements du projet Nord Stream 2 illustrent l'ingérence de plus en plus offensive des États-Unis dans les affaires européennes et russes. Quels seraient selon-vous les moyens de recours au niveau national et européen pour ne pas aggraver l'atteinte portée à la souveraineté des pays concernés ?

Les conséquences de FATCA ne concernent pas uniquement les « Américains accidentels ». L'accord soulève un enjeu plus redoutable à long terme : il s'agit de la propension des États-Unis à vouloir conférer à certaines de leurs normes internes une portée extraterritoriale. Cette velléité se manifeste aujourd'hui dans le commerce international et a pu susciter une réaction concertée à l'échelle de l'Union européenne. Il est clair que les atteintes à la souveraineté de l'État et aux droits individuels exigent aujourd'hui une politique résolue et concertée des pouvoirs publics.

Deux leviers d'actions communautaires sont considérés par les acteurs nationaux et européens. D'une part, le règlement de blocage qui a déjà été mise en oeuvre dans le cas des

récentes tensions sur le dossier des échanges commerciaux avec l'Iran. Ce règlement a été une réponse politique inédite de l'Union européenne. Il neutralise les conséquences des sanctions américaines qui seraient infligées à des opérateurs de l'Union européenne. D'autre part, la mise en place d'un Special Purpose Vehicle. Il s'agirait en pratique d'une plateforme autonome permettant de comptabiliser les produits d'échanges commerciaux entre la Russie et les pays européens intégrant cette plateforme, sans recourir au dollar ou au système financier américain. Ce mécanisme d'enregistrement d'écritures s'effectuerait sans mouvement physique à son niveau avec une échéance de compensation à déterminer. »